Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Maya Schiess
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag der Herren Prof. Dr. Peter Forstmoser und
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1979

Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Maya Schiess
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag der Herren Prof. Dr. Peter Forstmoser und
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Meinen verehrten Lehrern, Herrn Professor Walder und Herrn Professor Forstmoser, möchte ich an dieser Stelle meinen besonderen Dank aussprechen für ihre wertvolle Unterstützung und für das Interesse, das sie meiner Arbeit entgegen gebracht haben.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSUEBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS
LITERATURVERZEICHNIS
MATERIALIENVERZEICHNIS
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

EINLEITENDER TEIL

§ 1 DIE VERANTWORTLICHKEIT IN DER AG 1

I TERMINOLOGISCHES 1

A. Verantwortlichkeit 1

B. Verantwortlichkeit und Haftung 1

II KREIS DER VERANTWORTLICHEN PERSONEN 2

III HAFTUNGSTATBESTAENDE 2

A. Gründerhaftung 2

1. Allgemeines 2

2. Art. 753 Ziff.1 OR 4

3. Art. 753 Ziff.2 OR 6

4. Art. 753 Ziff.3 OR 8

B. Haftung aus Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation (OR 754) 8

1. Allgemeines 8

2. Die Organe der Aktiengesellschaft 9

3. Die Verwaltung 10

a) Die Verwaltung i.w.S. 10

b) Die Verwaltung i.e.S. 10

4. Die Geschäftsführung 11

a) Geschäftsführung i.e.S. (nach innen) 11

b) Vertretung (Geschäftsführung nach aussen) 12

5. Zusammenfassender Ueberblick 12

6. Kontrolle 13
a) Interne Kontrollstelle 13
b) Externe Kontrollstelle 15
7. Liquidation 17

IV KREIS DER KLAGEBERECHTIGTEN PERSONEN 18
A. Die Gesellschaft 19
B. Die Aktionäre 20
C. Die Gläubiger 20

§ 2 DER SCHADEN ALS VORAUSSETZUNG DER VERANTWORTLICHKEIT 21

I DER SCHADEN 21
A. Begriff des Schadens 21
B. Vermögensverminderung 21
1. Das Vermögen 21
2. Definition der Vermögensverminderung 21
3. Zu ersetzender Schaden 22
4. Inhaltlich zu unterscheidende Schadensarten 22
a) Positiver Schaden 22
b) Entgangener Gewinn 22
5. Formell zu unterscheidende Schadensarten 23
a) Unmittelbarer Schaden 23
b) Mittelbarer Schaden 23
C. Fehlende Einwilligung des Geschädigten 24

II DER UNMITTELBARE UND DER MITTELBARE SCHADEN IM VERANTWORTLICHKEITSRECHT DER AG 24
A. Terminologisches 24
B. Zur Unterscheidung 25
1. Grund zur Unterscheidung 25
2. Unterschiede 25

III DER UNMITTELBARE SCHADEN 26
A. Im Vermögen der Gesellschaft 26
B. Im Vermögen der Aktionäre 27

C. Im Vermögen der Gläubiger 28

D. Geltendmachung des unmittelbaren Schadens 28

1. Zeitpunkt und Verjährung 28

2. Klage der Gesellschaft auf Ersatz des unmittelbaren Schadens 29

a) Allgemeines 29

b) Ausübung des Klagerechts 29

c) Beweislast 30

aa) Haftungsfälle aus OR 753 30

bb) Haftungsfälle aus OR 754 31

3. Klage des Aktionärs auf Ersatz des unmittelbaren Schadens 33

a) Klage gegen die verantwortlichen Personen 33

aa) Allgemeines 33

bb) Auswirkungen auf die Beweislast 33

b) Klage gegen die Gesellschaft 35

4. Klage des Gläubigers auf Ersatz des unmittelbaren Schadens 35

a) Klage gegen die Gesellschaft 35

b) Klage gegen die verantwortlichen Personen 36

aa) Allgemeines 36

bb) Auswirkungen auf die Beweislast 36

IV DER MITTELBARE SCHADEN 37

A. Begriff 37

1. Die kapitalistische Struktur der AG als Ausgangspunkt 37

2. Konsequenz 39

B. Die gesetzliche Regelung der Geltendmachung des mittelbaren Schadens mit Bezug auf den Leistungsempfänger 40

1. Praktische Ausgestaltung des Grundsatzes 40

2. Rechtliche Begründung des Grundsatzes 41

3. Konsequenzen aus dem Grundsatz 43

C. Geltendmachung des mittelbaren Schadens mit Bezug auf die Gesellschaftssituation 43

1. Gesetzliche Einschränkungen 43

2. Gesellschaft ausser Konkurs 44

3. Gesellschaft im Konkurs 44

II. TEIL
Das Wesen des Anspruchs

§ 3 DIE ENTSTEHUNG DES ANSPRUCHS 46

I DIE ENTSTEHUNG DES GESELLSCHAFTSANSPRUCHS 46

A. Zeitpunkt der Entstehung 46

B. Voraussetzungen 46

1. Schaden 46

2. Widerrechtlichkeit 47

3. Kausalzusammenhang 49

a) Allgemeines 49

b) Mehrere Ersatzpflichtige 50

aa) Kontroverse 51

bb) Angestrebte Lösung 52

4. Verschulden 54

C. Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung der Gesellschaft 56

1. Zur Maxime "volenti non fit iniuria" 56

a) Einwilligung im Rahmen der Verfügungsmacht 56

b) Einwilligung ausserhalb der Verfügungsmacht 56

2. Nichtige und anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse im Lichte des Widerrechtlichkeitsausschlusses 58

a) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 58

b) Nichtiger Generalversammlungsbeschluss 58

c) Anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss 59

3. Ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss und die Maxime "volenti non fit iniuria" 61

II DER ANSPRUCH DER AKTIONAERE UND GLAEUBIGER AUF ERSATZ DES MITTELBAREN SCHADENS 62

III DIE ENTSTEHUNG DES AKTIONAERANSPRUCHS 63

A. Voraussetzungen 63
1. Gesellschaftsschaden 63
2. Aktionäreigenschaft 65
3. Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen 66
B. Zeitliche Korrelation zwischen Aktienerwerb und Entstehung des Anspruchs 67
1. Allgemeines 67
2. Die Aktionäreigenschaft im Zeitpunkt der Schädigung 67
3. Aktienerwerb nach erfolgter Schädigung 67
IV DIE ENTSTEHUNG DES GLAEUBIGERANSPRUCHS 68
A. Gesellschaftsschaden 68
B. Konkursausbruch 69
1. Klageausschluss ausser Konkurs 69
2. Klagerecht im Konkurs 69
a) Regelung im italienischen Recht 70
b) Regelung im deutschen Recht 71
c) Gegenüberstellung 72
3. Fristenlauf 73
C. Gläubigereigenschaft 74

§ 4 DIE FUNKTION DES ANSPRUCHS 76
I ALLGEMEINES 76
II DIE FAKTISCHE VERMINDERUNG DES GESELLSCHAFTSVERMOEGENS ALS VORAUSSETZUNG FUER DEN BESTAND DES ERSATZANSPRUCHS DER MITTELBAR GESCHAEDIGTEN 77
A. Normalfall: Gesellschaftsschaden bewirkt Gesellschaftsanspruch 77
1. Gesellschaftsanspruch 78
2. Anspruch der Aktionäre und Gläubiger 78
B. Spezialfall: Trotz Gesellschaftsschaden kein Gesellschaftsanspruch 78
1. Ausgangspunkt 78
2. Auswirkungen auf die Klage der Einzelberechtigten 79

3. Gesellschaftsschaden 80
a) Schadensbegriff und Gesellschaftsanspruch 80
b) Schadensbegriff und Anspruch von Aktionären und Gläubigern 80
C. Beweis 83
1. Aufgabenstellung 83
2. Entlastungsbeschluss 83
a) Begriff der Entlastung 83
b) Auswirkungen auf das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger 84
3. Vergleich 86
a) Begriff 86
b) Praktische Bedeutung des Vergleichs im Verantwortlichkeitsrecht 86
c) Auswirkungen auf das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger 86
aa) Analogie von OR 757 hinsichtlich eines Vergleichs 88
bb) Vergleich im Gesellschaftskonkurs 89
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerung 91
III GLAEUBIGERANSPRUCH NACH ITALIENISCHEM RECHT 92
A. Funktion 92
B. Bestand des Anspruchs 93
IV GLAEUBIGERANSPRUCH NACH DEUTSCHEM RECHT 94
A. Funktion 94
B. Bestand des Anspruchs 95

§ 5 DIE RECHTSNATUR DES ANSPRUCHS 97
I DER GLAEUBIGERANSPRUCH 97
A. Konkursausbruch als Entstehungszeitpunkt 97
1. Praktische Bedeutung 97
2. Rechtliche Klassierung 98
a) Die Anfechtungsklage 99
aa) Begriff und Zweck 99
bb) Rechtsnatur 100

b) Die Klage des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens 101
aa) Begriff und Zweck 101
bb) Rechtsnatur des Anspruchs 102
aaa) Grundsätzliches 102
bbb) Akzessorietät des Anspruchs 102
ccc) Subsidiarität des Klagerechts 103
c) Schlussfolgerung 104
B. Rechtsnatur und Beweislast 105
1. Allgemeines 105
2. Unerheblichkeit der Rechtsbeziehung zwischen den Gläubigern und den verantwortlichen Personen für den mittelbaren Schaden 107
a) Gesellschaft und verantwortliche Personen 107
b) Gläubiger und verantwortliche Personen 108
aa) Allgemeines 108
bb) Beim unmittelbaren Schaden 109
cc) Beim mittelbaren Schaden 109
3. Die Regelung im italienischen Recht 112
a) Rechtsnatur des Anspruchs 112
b) Beweislast 112
4. Die Regelung im deutschen Recht 114
a) Rechtsnatur des Anspruchs 114
b) Beweislast 116

II DER AKTIONAERANSPRUCH 117
A. Allgemeines 117
B. Klageerhebung durch den Aktionär 118
1. In zeitlicher Hinsicht 118
a) Ausser Konkurs 118
b) Die drei Einschränkungen des Art. 757 OR 118
aa) Fehlende Zustimmung 118
bb) Aktienerwerb ohne Kenntnis der Schlussnahme 118
cc) Fristgemässe Klageerhebung 119

c) Im Konkurs 119
aa) Kontroverse 120
bb) Zu ermittelnder Sinn der Bestimmung 121
cc) Schlussfolgerung 122
2. Praktische Bedeutung 124
3. Rechtliche Bedeutung 126
a) Begriff und Zweck 126
aa) Ausser Konkurs 126
bb) Im Konkurs 127
b) Rechtsnatur 128
aa) Akzessorietät 128
bb) Subsidiarität des Klagerechts 129
cc) Gegenüberstellung des Gläubiger- und des Aktionäranspruchs 129
C. Rechtsnatur und Beweislast 130
1. Beweislast beim unmittelbaren Schaden 130
2. Beweislast beim mittelbaren Schaden 130
3. Zusammenfassung 131

§ 6 DIE GESTALT DES VERANTWORTLICHKEITSANSPRUCHS 133

I MATERIELLES EIGENRECHT ODER SELBSTAENDIGES KLAGERECHT 133
A. Die Besonderheit des Ersatzrechts der mittelbar Geschädigten 133
B. Ausgestaltung dieses Rechts 133
1. Materielles Eigenrecht 135
a) Das Wesen des Anspruchs 135
b) Das Verantwortlichkeitsrecht als Anspruch 136
2. Selbständiges Klagerecht 137
a) Begriff 137
b) Das Verantwortlichkeitsrecht als selbständiges Klagerecht 138

II DAS VERANTWORTLICHKEITSRECHT ALS UNSELBSTAENDIGER ANSPRUCH 140

A. Die Erscheinungsform des Verantwortlichkeitsrechts nach den bisher erarbeiteten Kriterien 140

1. Ueberblick 140

2. Die selbständigen und die unselbständigen Elemente des Verantwortlichkeitsrechts 142

a) Selbständigkeit 142

b) Unselbständigkeit 144

B. Zur Terminologie des unselbständigen Anspruchs 145

1. Begriff 145

2. Zur Verwendung des Terminus "unselbständiger Anspruch" für das Verantwortlichkeitsrecht 146

III. TEIL

Die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche im Gesellschaftskonkurs

§ 7 DIE WAHRNEHMUNG DER VERSCHIEDENEN VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE DURCH DIE KONKURSVERWALTUNG

I INHALT DER KONKURSMASSE 148

A. Allgemeines 148

B. Ansprüche des Gemeinschuldners 149

C. Andere Ansprüche 149

D. Schlussfolgerung 151

II DER GESELLSCHAFTSANSPRUCH 152

III DER GLAEUBIGERANSPRUCH 154

A. Die Regelung des Art. 756 OR 154

B. Die Bedeutung des Art. 756 OR 154

1. Grundsätzliches 154

2. Nebenrechte zur Konkursforderung als Inhalt der Konkursmasse 156

a) Der Anfechtungsanspruch 156
aa) Aktivlegitimation 156
bb) Passivlegitimation 157
cc) Anfechtungsprozess 158
dd) Gerichtsstand 158
ee) Streitwert 158
ff) Verjährung 159
gg) Urteil 159
b) Der Verantwortlichkeitsanspruch 160
aa) Aktivlegitimation 160
bb) Realisierung des Anspruchs 161
cc) Anspruchsberechtigung 163
dd) Passivlegitimation 166
ee) Verantwortlichkeitsprozess 166
ff) Gerichtsstand 167
gg) Streitwert 168
hh) Verjährung 169
ii) Urteil 170

IV DER AKTIONAERANSPRUCH 171
A. Die Regelung des Art. 756 OR 171
1. Gesetzlicher Wortlaut 171
2. Kritik 171
a) Unmöglichkeit der Gleichstellung der Aktionäre mit den Konkursgläubigern 171
b) Fehlende Rechtfertigung zur Verwendung der Aktionäransprüche zugunsten der Gläubiger 173
B. Sinn des Art. 756 OR 176

8 DIE WAHRNEHMUNG DER VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE DURCH DIE KONKURSGLÄUBIGER 177

I GLAEUBIGERANSPRUCH UND GESELLSCHAFTSANSPRUCH 177
A. Grundsätzliches zur Geltendmachung 177
B. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG als Verwertungsmodus 178

1. Grundvoraussetzung für Verwertungsmassnahmen 178
2. Teilnahme der Gläubiger an der Verwertung 179
3. Gegenstand der Abtretung 180
a) Allgemeines 180
b) Hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklagen 182

II ZUR KONKURRENZ DER ART. 756 OR UND 260 SCHKG 183
A. Zusammentreffen mehrerer Rechtssätze 183
1. Ueberblick 183
a) Anspruchskumulation 183
b) Anspruchskonkurrenz und Anspruchsnormenkonkurrenz 184
c) Verdrängende Konkurrenz 185
2. Schweizerische Konkurrenzlehre 186
a) Allgemeines 186
b) Gesetzeskonkurrenz 187
c) Anspruchskonkurrenz 187
B. Die Exklusivität des Art. 756 II OR 187
1. Der eigene Anspruch der mittelbar Geschädigten 187
2. Der Zweck des Art. 756 II OR 188
3. Die erschöpfende Regelung des Art. 756 II OR 189
a) Darstellung 189
b) Besonderheit der Verantwortlichkeitsansprüche 189
c) Die den Art. 260 I SchKG modifizierende Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen 190

§ 9 DIE ABTRETUNG DES ANSPRUCHS 192

I RECHTSNATUR DER ABTRETUNG 192
A. Negative Charakterisierung 192
1. Keine zivilrechtliche Zession 192

2. Keine Anweisung an Zahlungs Statt 193

B. Rogative Charakterisierung 195

1. Abtretung als Prozessmandat 195

a) Dem Mandat entsprechende Elemente 195

b) Vom Mandat abweichende Elemente 197

c) Schlussfolgerung 198

2. Abtretung als Nebenrecht im Sinne von Art. 170 I OR 198

C. Positive Charakterisierung 200

II GEGENSTAND DER ABTRETUNG 201

III VORAUSSETZUNGEN UND VERFAHREN DER ABTRETUNG 203

A. Vorhandensein eines abtretbaren Rechtsanspruchs 204

B. Fortexistenz des Beschlagsrechts der Gläubiger auf den abtretbaren Anspruch 204

1. Grundsatz: Vollständige Durchführung des Konkursverfahrens als Voraussetzung für den Bestand der Abtretung 204

2. Ausnahme: Abtretung von streitigen Masserechtsansprüchen im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung 206

C. Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung namens der Masse 207

D. Nichterwachsen eines Schadens aus der Abtretung für die Konkursmasse 209

E. Vorliegen von Begehren eines oder mehrerer berechtigter Gläubiger 209

1. Berechtigung 209

2. Begehren 210

F. Gläubigerqualität 211

IV UMFANG, INHALT UND WIRKUNGEN DER ABTRETUNG 212

A. Umfang 212

B. Inhalt 213

1. Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs 213

a) Gerichtliche Geltendmachung 213

b) Aussergerichtliche Geltendmachung 214

2. Parteien 214
a) Einreden 215
b) Streitwert 216
c) Streitgenossenschaft 217
3. Zession des Prozessmandats 218
4. Bedingungen 219
a) Verbot bzw. Genehmigungserfordernis für aussergerichtliche Geltendmachung und Vergleich 219
b) Widerruf der Abtretung 220
5. Rechtsbehelfepflicht 222
6. Rechnungsstellungspflicht 222
7. Ablieferungspflicht 222
8. Haftbarkeit 224
C. Die Wirkungen 225
1. Beginn der Wirkungen 225
2. Die Wirkungen im einzelnen 226
a) Das Recht, den Masseanspruch geltend zu machen 226
b) Die Pflicht, den Masseanspruch geltend zu machen 227
c) Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung 229

V DIE VERTEILUNG 230
A. Gesetzliche Regelung 230
B. Verteilung der Kosten 231
1. Allgemeines 231
2. Kostenbegriff 231
3. Anfechtung der Kosten 232
4. Nachtrag zum Kollokationsplan 232
C. Verteilung des Gewinnes 233
1. Natur des Gewinnes 233
2. Verteilungsverfahren 233
a) Verteilungsliste 233
b) Partizipationsrecht 234
c) Verteilungsmodus 234

3. Art und Umfang der Separatliquidation 235
a) Art 235
b) Umfang 236

LITERATURVERZEICHNIS

Alessi Giuseppe/ Manzella Bruno/ Marino Pasquale, Le società, Giurisprudenza - Bibliografia - Legislazione - Formulario, Bd. II/2 società di capitali (Milano 1976)

Aschwanden Georg, Bargründung - Sachübernahme (Einige aktienrechtliche Bemerkungen zu einem Zürcher Strafurteil und einem neueren Bundesgerichtsurteil), in SJZ 56(1960) 101 ff.

Bachmann Gottlieb/ Götzinger Fritz/ Siegmund Ludwig/ Zeller Heinrich, Kommentar zum Schweizerischem Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss mit leicht fasslichen Erläuterungen (Zürich 1915)

Bär Hans J./ Forstmoser Peter/ Greyerz Christoph von/ Pedrazzini Mario M./ Vischer Frank, die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29 (Aufsatz Forstmoser wurde nach Fertigstellen dieser Arbeit aufgrund der Korrekturabzüge nur noch in den Fussnoten berücksichtigt)

Bär Rolf, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, in ZBJV 106(1970) 457 ff.

Barbey André, La décharge en droit suisse, Diss. Genf 1949

Becker Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Obligationenrecht, 1. Abt: Allg. Best. (Art. 1-183) (2.A. Bern 1941)

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551) (Bern 1934)

Biggel Hans, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 ff. OR/ 754 ff. revOR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts, Diss. Zürich 1940

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes (Bern 1911)

Bodmer Daniel/ Kleiner Beat/ Lutz Benno, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz (Zürich 1976)

Boor Hans Otto de, Gerichtsschutz und Rechtssystem (Leipzig 1941)

Brand Ernst, Anfechtungsklage I Natur - Voraussetzungen, in SJK Nr. 742

- Anfechtungsklage II, Durchführung - Wirkungen, in SJK Nr. 743

Bridel Marcel, Contribution à l'étude de l'art. 260 LP, in JT 87(1939) 98 ff.

Brühlmann Walther, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken uhd Sparkassen vom 8. November 1934 samt Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935 (Weinfelden 1935)

Bürgi Wolfhart F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, 6.-9- Lieferung (Art. 698-729) (Zürich 1960-1966)

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, 13. Lieferung (Art. 752-754) (Zürich 1976)

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, 14. Liefereung (nach Fertigstellung dieser Arbeit aufgrund der Korrekturabzüge nur noch in den Fussnoten berücksichtigt) (Zürich 1978)

- Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, St. Galler Festgabe 1965

Çağa M. Tahir, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Diss. Zürich 1939

Chiovenda Giuseppe, Istituzioni di diritto processuale civile (2.A., 5. Neudruck, Napoli 1957)

Cupis Adriano de, Il danno (Milano 1946)

Dalloz, Nouveau Dictionnaire pratique de droit (Paris 1953)

Dernburg Heinrich, Pandekten, Bd.I (7.A. Berlin 1902)

Deschenaux Henri/ Tercier Pierre, La responsabilité civile (Freiburg 1975)

Dietz Rolf, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (Köln und Bonn 1934)

Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973)

Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.Halbband (14.A. Tübingen 1955)

Favre Antoine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Freiburg 1956)
- Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse, in SJK Nr.700

Fehr Konrad, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, in Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, S.147 ff. (Genf 1954)

Flachsmann Jean, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, Diss. Zürich 1927

Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortung - Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 30 (erscheint im Dezember 1978; in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigt)

Forstmoser Peter/ Meier-Hayoz Arthur, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht (Bern 1974)

Frè Giancarlo, Commentario del Codice Civile, libro quinto: Del lavoro, società per azioni (art. 2325-2461) (Bologna/Roma 1972)

Frick Emil, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953

Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2.Halbband (2.A., Nachdruck, Zürich 1975)

Funk Fritz, Kommentar des Obligationenrechts, Bd.II: Das Recht der Gesellschaften (Aarau 1951)

Geiger Jürg, Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter bes. Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozesses, Diss. Zürich 1969

Georgiades Apostolos, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (München 1968)

Giovanoli Silvio, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach dem revidierten Recht, in BlSchK 16(1952) 97 ff.

Glasson Ernest D./ Tissier Albert/ Morel René, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de prcédure civile, Bd.I (Paris 1925)

Godin Reinhard von/ Wilhelmi Hans/ Wilhelmi Sylvester, Kommentar zum deutschen Aktiengesetz vom 6. September 1965, Bd.I (§§ 1-178), (4.A. Berlin/New York 1965)

Götzinger Fritz, Art. 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und seine Anwendung in der Praxis, in ZSR 25 n.F. (1906) 497 ff.

Goldschmidt Robert, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen (Reihe A, Heft 12, St. Gallen 1937)

Graner Paul, Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, (Zürich 1937)

Greyerz Christoph von, Solidarität der Haftung von Verwaltung und Kontrollstelle im Rechtsvergleich, in Der Schweizer Treuhänder 9/1976 S.14 ff.

Guhl Theo/ Merz Hans/ Kummer Max, Das Schwizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, zit.: Guhl, Seite, (6.A. Zürich 1972)

- Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlungen nach schweizerischem Obligationenrecht (Bern 1904)

Guisan François, Note S. 29 f. in JT 80(1932) II Poursuite pour dettes

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht (2.A. Zürich 1958)

Hefermehl Wolfgang, Kommentar zum deutschen Aktiengesetz vom 6. September 1965, in Kommentar Gessler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff Bd. II (§§ 76-147) (München 1973)

Henckel Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivil prozessrecht (Heidelberg 1961)

Henggeler J. und E., Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht (Zürich 1937)

Henze Emil, Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1923)

Hirsch Alain, L'organe de contrôle dans la société anonyme, Diss. Genf 1965
- La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, in Semjud. 89(1967) 249 ff.
- Problèmes actuels du droit de la société anonyme. L'organisation de la S.A., in ZSR 85 II (1966) 1 ff.
- La responsabilité des contrôleurs envers les créanciers sociaux, in Der Schweizer Treuhänder 9/1976 S.10 ff.

Hotz Charles-Antoine, La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme, Diss. Neuchâtel 1945

Huber Franco, Haftung des Vorstandes und der Aufsichtsorgane der Genossenschaft gegenüber den Mitgliedern und Gläubigern, Diss. Zürich 1933

Hug Walther, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen (Reihe A, Heft 7, St. Gallen 1934)

Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (2.A. Zürich 1947)

Jaeger Carl/ Däniker Marta, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911-1945, 2 Bände (Zürich 1947)

Jäggi Peter, Die Scheineinzahlung von Aktien, in SJZ 48(1952) 297 ff.
- Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, 181 ff. (Freiburg 1968)

Kaeslin Theodor, Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Diss. Bern 1941

Kaser Max, Römisches Privatrecht (8.A. München 1974)

Keller Adolf, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, Diss. Zürich 1960

Kreis Willy, Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936

Lange Heinrich, BGB Allgemeiner Teil (13.A. München 1970)

Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3.A. Berlin 1975)

- Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (2.A. München 1972, § 14, S. 192 ff., 4.A. München 1977, § 14, S. 205 ff.)

- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (10.A. München 1972)

Leuch Georg, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar (3.A. Bern 1956)

Lutz Benno, Zur Problematik der Ueberwachung von Banken, in Der Schweizer Treuhänder 9/1976 S. 16 ff.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband, Art. 1 ZGB (Bern 1966)

- Berufung auf Irrtum beim Vergleich, in SJZ 49(1953) 117 ff.

Meier-Hayoz Arthur/ Forstmoser Peter, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts (2.A. Bern 1976)

Meier Isaak, Jura novit curia - Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1975, veröffentlicht in Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 16

Meier-Wehrli Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/ 41 ff. BkG, Diss. Zürich 1968

Mettler Jakob, Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, sowie der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1930

Morant Albert, Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, Diss. Zürich 1939

Morger Hans, Die Prüfungspflicht der internen und externen Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1957

Neussel Julius, Anspruch und Rechtsverhältnis (Mainz 1952)

Nobel Peter, Aktienrechtliche Entscheide; Praxis zum schweizerischen Aktienrecht (Bern 1976)

Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil (3.A. Zürich 1969)

- Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Zürich 1973)

Okuda Masamichi, Ueber den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, in AcP 164, 536 ff.

Ott Claus, Recht und Realität der Unternehmenskorporation (Tübingen 1977)

Picenoni Reno, Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Recht der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Diss. Zürich 1945

Pinösch Jon, Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1936

Piccard/ Thilo/ Steiner, Rechtswörterbuch (Zürich 1939)

Reichel Alexander, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Zürich 1912)

Reichwein Heinz, Ueber die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, in SJZ 64 (1968) 129 ff.

Schenk Peter, Die Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft (4.A. Zürich 1978)

Schilling in Grosskommentar zum deutschen Aktiengesetz vom 6. September 1965, Bd. I/2 (§§ 76-147) 3.A.

Schmid Ernst, Die konkursrechtliche Behandlung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe einer falliten Aktiengesellschaft, in BlSchK 33(1969) 65 ff.

Schluep Walter René, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955

Schönenberger Wilhelm/ Jäggi Peter, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1 a; Allg. Einleitung und IPR durch W. Schönenberger; Vorbemerkungen vor Art. 1 OR durch P. Jäggi (Art. 1-17) (3.A. Lausanne/ Freiburg 1973)

Schucany Emil, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft (2.A. Zürich 1960)

Schwander Vital, "Jura novit curia" und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruches, in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, S. 119 ff. (Freiburg 1968)

Satta Salvatore, Diritto processuale civile (6.A. Padova 1959)

Secrétan Roger, Remarques sur la responsabilité de l'officier public comme "fondateur" de la société anonyme, in SAG 21 (1948/49) 7 ff.

- Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, in ZSR 68(1949) 183 ff.

Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, allg. Bestimmungen (Art. 620-659) (Zürich 1945)

- Die Verantwortlichkeit der Organe der AG, Referat im Zürcherischen Juristenverein vom 19. Februar 1936, Berichterstattung in NZZ Nr. 303, 21. Februar 1936, Blatt 6

Steiger Fritz von, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (4.A. Zürich 1970)

- Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister (Zürich 1937)

- Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, in SAG 15(1942/43) 1 ff.

- Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates, in SAG 27(1954/55) 33 ff., 113 ff.

Steiger Werner von, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil c: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827) (Zürich 1965)

- Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, in ZBJV 91 bis(1955) 334 ff.

Stokar R.,Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1947

Sträuli Hans/ Messmer Georg, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (Zürich 1976)

Torrente A./ Pescatore G., Codice Civile, annotato con la giurisprudenza della cassazione (5.A. Milano 1969)

Tuhr Andreas von, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.I (Leipzig 1910), Bd.II/1 (Leipzig 1914), Bd.II/2 (München/Leipzig 1918)

Tuhr Andreas von/ Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd.I 1. Lieferung (3.A. Zürich 1974)

Tuor Peter/ Schnyder Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (8.A. Zürich 1969)

Vigier Wilhelm, Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft gegenüber den Gläubigern, Diss. Bern 1907

Walder Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess (Zürich 1977)

- Probleme um Art. 260 SchKG und Versuch ihrer Behebung, in BlSchK 22(1958) 65 ff.

- Gläubigerbegünstigung, in BlSchK 31(1967) 1 ff.

Weber Hans Heinrich, Die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft nach geltendem Recht, insbesondere das Problem der Unabhängigkeit im aktienrechtlichen Prüfungswesen, Diss. Zürich 1961

Weiss Gottfried, Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in SJZ 39(1942/43) 529 ff.

Wieland Alfred, Die wichtigsten Reformen des Aktienrechts nach dem Entwurfe eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechtes, in ZSR 41 n.F. (1922) 491 ff.

Wilhelm Georges, Quelques aspects de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes, étude de droit comparé droit suisse - droit français et allemand, Diss. Lausanne 1967

Wyler Berthold, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Aktiengesellschaft und der Aufsichtsstelle in der Kommanditaktiengesellschaft, Diss. Bern 1943

Ziegler A., Abtretung von Rechtsansprüchen im Sinne von Art. 260 SchKG, in BlSchK 4(1940) 66 ff.

Zumstein Jaques, Du charactère institutionnel de la société anonyme, Diss. Genf 1954

MATERIALIENVERZEICHNIS

E. I	1. Entwurf eines BG betr. Revision der Titel XXIV bis XXXIII des OR vom Dezember 1919, von Eugen Huber
Bericht I	Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweiz. OR, erstattet dem EJPD im März 1920
E. II	2. Entwurf eines BG betr. Revision der Titel XXIV bis XXXIII des OR vom Dezember 1923, von A. Hoffmann
Bericht II	Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweiz. OR, erstattet dem EJPD im Dezember 1923
Prot.Exp.Komm.	Protokoll der Expertenkommission, Verhandlungen der vom EJPD einberufenen Expertenkommission über den Entwurf II, vom 24. November 1924 bis November 1925 (publiziert 1926)
Botschaft	Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweiz. OR vom 21. Februar 1928 (BBl. 80, 1928 Bd.I)
Entwurf vom 21.2.1928	Botschaft einschliesslich Entwurf
Sten.bull.StR.	Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerats
Sten.bull.NR.	Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrats
VE	Revision des Aktienrechts, Vorentwurf der Arbeitsgruppe für die Ueberprüfung des Aktienrechts und des geltenden Textes des 26. Titels des OR, Zürich 1976 (Sonderdruck SAG, Heft 1/2 1976)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Auflage
aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AktG	Deutsches Aktiengesetz vom 6. September 1965
Art.	Artikel
aT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
Best.	Bestimmung
betr.	betreffend, betrifft
Bez.Gr.	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne), zit.: Band, Abteilung, Seite oder Nummer
BGr.	Bundesgericht
BkG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil), zit.: BlSchK Band (Jahreszahl) Seite
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich), zit.: BlZR Band (Jahreszahl) Seite
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungweise
CCI	Codice Civile Italiano vom 16. März 1942
d.h.	das heisst

Diss.	Dissertation
Erw.	Erwägung
f.(ff.)	folgende Seite (n), bzw. Artikel
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
h.L.	herrschende Lehre
HRV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 mit Abänderungen vom 24. März 1947, 6. Mai 1970 und 20. Dezember 1971
i.e.S.	im engeren Sinn
i.w.S.	im weiteren Sinn
i.S.	in Sachen
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
KO	Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2o. Mai 1898
KV	VO des BGr. über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911
lit.	littera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 et 18 septembre 1949
m.a.W.	mit andern Worten
N	Note (Randnote)
n.F.	neue Folge
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGr.	Obergericht
OR	revBG über das Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936
p	pagina
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel), zit.: Pra Band (Jahreszahl) Seite oder Nummer
rev	revidiert
Resp.civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza

S.	Seite
S.A.	Société anonyme
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaften (Zürich), zit.: SAG Band (Jahreszahl) Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 und 28. September 1949
Semjud.	La Semaine Judiciaire (Genève), zit.: Semjud. Band (Jahreszahl) Seite
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf), zit.: SJK Kartennummer, Seite oder der Gliederung entsprechende Angabe
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich), zit.: SJZ Band (Jahreszahl) Seite
sog.	sogenannt
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
TA	Tages-Anzeiger
u.E.	unseres Erachtens
unveröff.	unveröffentlicht
Urt.	Urteil
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung (en)
VZG	VO des BGr. über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern), zit.: ZBJV Band (Jahreszahl) Seite
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dez. 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zivilkammer
Ziv.Proz.	Zivilprozess
ZPO	Gesetz über den Zürcher Zivilprozess vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel), zit.: ZSR Band (Jahreszahl) Seite

EINLEITENDER TEIL

§ 1 DIE VERANTWORTLICHKEIT IN DER AG

I TERMINOLOGISCHES

A. Verantwortlichkeit

Verantwortlichkeit bedeutet, dass eine Person für ihre Handlungen und die daraus sich ergebenden Folgen einstehen muss. Der Stamm des Wortes Verantwortlichkeit deutet darauf hin, dass die verantwortliche Person eine Antwort schuldet, also Red und Antwort stehen muss in bezug auf ein ihr zuzurechnendes Verhalten(1).
Die Verantwortlichkeit im Rahmen des Zivilrechts ist die durchsetzbare Pflicht einer Person, den Schaden zu ersetzen, den eine andere Person als Folge der zu verantwortenden Handlung erlitten hat(2).
Die Pflicht zum Einstehenmüssen hat ihre rechtliche Grundlage in einem Vertrag, oder sie ergibt sich aus dem Gesetz.

B. Verantwortlichkeit und Haftung

Die Verantwortlichkeit ist, genau genommen, die anspruchsbegründende Tatsache, die Ursache also dafür, dass eine Schadenszufügung wieder gutzumachen ist. Die Haftung aber ist die Verpflichtung zur Wiedergutmachung des erlittenen Schadens mittels Vermögenswerten(3), und in diesem Sinn ist sie die Wirkung der Verantwortlichkeit.
Die Begriffe Haftung und Verantwortlichkeit haben sich gegenseitig durchdrungen, doch gilt Haftung als der all-

(1) Meier-Hayoz Art. 1 ZGB N 148 ; Meier-Wehrli 1

(2) Frick 28

(3) In ältesten Zeiten bildete die Person des Schädigers das Haftungssubstrat. Die Rachebefugnis des Verletzten am Körper des Täters wurde aber schon sehr früh durch eine Sühnegabe abgelöst, vgl. Kaser 129 ff.

gemeinere Begriff: Er bedeutet, dass eine Person für eigenes oder fremdes Verhalten (z.B. bei der Bürgschaft oder im Versicherungsvertrag) einstehen muss.
Von Haftung spricht das Handelsrecht immer dann, wenn der Haftpflichtige mit dem Schadensverursacher nicht identisch ist(4). Den Begriff Verantwortlichkeit verwendet das Gesetz in der Regel da, wo Schädiger und Haftpflichtiger identisch sind(5).

II KREIS DER VERANTWORTLICHEN PERSONEN

Die Gründer, die Mitglieder der Verwaltung, Geschäftsführung und der Kontrolle sowie die Liquidatoren werden im Aktienrecht einer besonderen zivilrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt. Jedes schuldhafte, pflichtwidrige Verhalten, das einen Schaden verursacht, ermöglicht der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern, direkt gegen die Verantwortlichen vorzugehen und aus ihrem privaten Vermögen Ersatz des Schadens zu verlangen.

III HAFTUNGSTATBESTAENDE (6)

A. Gründerhaftung (OR 753)

1. Allgemeines

Die Ueberbewertung von Sacheinlagen und Vermögenswertübernahmen und das Verschweigen oder Verschleiern von Gründervorteilen führt zu einer materiellen Verminderung des Aktienkapitals. Der Gesetzgeber beugte diesen Gefah-

(4) Art. 718 III, 814 IV, 899 III OR

(5) Art. 752, 753, 754, 769, 812 II, 827, 916 ff. OR Ausnahme Art. 917 I OR

(6) Auf eine Darstellung der Prospekthaftung (Art. 752 OR) wird verzichtet, da sie keinen Anwendungsfall für den mittelbaren Schaden bildet.

ren vor, indem er in Art. 628 OR für qualifizierte Gründungen zwingende und besonders strenge Vorschriften erlassen hat und diese in Art. 81 HRV noch näher umschrieb. Die Nichtbeachtung oder nicht richtige Beachtung dieser Vorschriften zieht nach bundesgerichtlicher Praxis die Nichtigkeit des von den Beteiligten gewollten Rechtsgeschäftes nach sich, ohne jedoch in der Regel die Gründung der AG in Frage zu stellen(7). Entsteht aus diesen Gründen der Gesellschaft und/oder den Aktionären und Gläubigern ein Schaden, so tritt die Schadenersatzpflicht der Gründer als weitere gesetzliche Sanktion neben die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts(8).

Entgegen dem Marginale des Art. 753 fallen nicht nur die eigentlichen Gründer unter diesen Haftungstatbestand, sondern alle Personen, die in irgend einer Weise bei der Errichtung der AG mitgewirkt haben(9). So wirken auch jene Personen an einer Gründung mit - und werden gegebenenfalls zur Verantwortung gezogen - die, in Kenntnis der Zweckbestimmung des geliehenen Geldes, ein kurzfristiges Darlehen zur Scheinliberierung gewähren(10). Dasselbe gilt für die zur öffentlichen Beurkundung beigezogenen Beamten, Urkundspersonen und Handelsregisterführer und insbesondere auch für als Gründer auftretende Strohmänner(11). Alle Personen gelten ferner als Gründer, die bei der Simultangründung sämtliche Aktien übernehmen(12). Für die Verantwortlichkeit

(7) BGE 33 II 161, 39 II 593, 41 II 590, 640 II 281

(8) Bürgi Art. 753/54 N 65

(9) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 184 N 5 ; Morant 44 ; Frick 62 ; BGE 59 II 442, 76 II 307

(10) Guhl 651 ; Die Haftbarmachung knüpft in solchen Fällen an den bösen Glauben des Handelnden an vgl. Frick 31 FN 19 ; Bürgi Art. 753/54 N 109 ;

(11) Morant 51; Funk Art. 753 N 1,2 ; Schucany Art. 753 N 9 Frick 36, 85 ; R. Secrétan in SAG 21(1948) 7 ff.; SAG 23(1950)53 ; Stokar 107 ; Bürgi Art. 753/54 N 110-112, 113/114, 109 ; Schmid 68 lit.b

der Depositenstelle ist auf ihre Rechtsform zu achten(13). Die Haftung aus Gründung trifft ferner jeden, dem Vorteile durch Sacheinlagen, Sachübernahmen usw. im Zusammenhang mit der Gründung erwachsen sind(14). Der errungene Vorteil ist aber nicht Voraussetzung der Haftung: Jeder, der sich massgebend an den Angelegenheiten der zu gründenden Gesellschaft beteiligt hat, haftet(15).

2. Art. 753 Ziff.1 OR

Als Tatbestände, laut denen ein pflichtwidriges Verhalten der Gründer zur Verantwortlichkeit führt, nennt das Gesetz in Ziffer 1: Unrichtige oder unvollständige Angaben in den Statuten oder im Gründerbericht, bzw. Verschleiern oder Verschweigen derselben bei Einlagegründung(16), Uebernahmegründung(17) oder bezüglich Gründervorteilen(18). Dem Gesetz kann bei der Genehmigung einer solchen Massnahme auch in anderer Weise zuwidergehandelt werden(19), wenn z.B. bei der Beschlussfassung durch die konstituierende Generalversammlung (OR 636) die Sacheinlagen und Uebernahmeverträge entgegen OR 635 I und 638 II Ziff.4 nicht zur Vorlage gelangen(20).

(12) BGE 59 II 442

(13) Bürgi Art. 753/54 N 115-118

(14) Funk Art. 753/ N 2

(15) BGE 76 II 166

(16) Schucany Art. 628 N 2,3 ; Siegwart Art. 628 N 6 ff.

(17) Schucany Art. 628 N 4,5 ; Siegwart Art. 628 N 47 ff. BGE 90 II 490

(18) Schucany Art. 628 N 6,7 ; Siegwart Art. 628 N 60 ff.

(19) OR 753 Ziff.1 letzter Teil des Satzes

(20) Bürgi Art. 753/54 N 66 ; Schucany Art. 753 N 8

Die Haftung erstreckt sich auf alle bei der Gründung vorgenommenen Handlungen. Dazu werden auch die Vorbereitungshandlungen gezählt(21). Nach Funk fallen überdies die Handlungen nach vollzogener Gründung ebenfalls darunter, wenn eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften beabsichtigt war (22). Die Frage stellt sich insbesondere da, wo Uebernahmeverträge zum Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung noch nicht abgeschlossen sind, dies aber für die nähere Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit beabsichtigt ist, Fälle der sogenannten Nachgründung also(23). Nach Art. 81 II HRV sind auch unmittelbar nach der Gründung zu übernehmende Vermögenswerte als Sachübernahmen anzusehen(24). Unterstellt man die Nachgründung nicht den Regeln, die für die Sachübernahmen gelten, so könnten die Vorschriften über Sacheinlagen und Sachübernahmen ihrer Wirksamkeit beraubt und der Grundsatz von Treu und Glauben krass verletzt werden: "Anstelle von Sacheinlagen könnten dann kurz nach der Gründung einfach Sachübernahmen vorgenommen werden; dabei müssten zwar die Aktien zunächst formell liberiert werden; aber diese Beträge müssten als Gegenleistung für die Sachübernahme kurz nach der Gründung wieder an die Barzeichner zurückfliessen"(25).

(21) Funk Art. 753 N 2 ; Schucany Art. 753 N 1 ; aA Morant 52 ; Frick 64 ; Henggeler 18:"Wann die Gründung beginnt, also die Vorbereitungshandlungen zum Abschluss gekommen sind,..."; anders Morant und Henggeler aber in bezug auf die umstrittene Frage der Ausdehnung der Gründerhaftung auf die Fälle der Neuemission von Aktien (OR 650), vgl. auch Bürgi Art. 753/54 N 22-25

(22) Funk Art. 753 N 2 ; aA Schucany Art. 753 N 1 ; Morant 49 jedoch mit Hinweis auf die entgegenstehende Ansicht; BGE 59 II 447, 85 II 155

(23) Zum Begriff der Nachgründung vgl. Graner 33

(24) Forstmoser/Meier-Hayoz Aktienrecht 108 N 6,7 ; Siegwart Art. 628 N 55 ; BGE 83 II 288 f.; Zur umstrittenen Gesetzmässigkeit des Art. 81 II HRV vgl. Aschwanden in SJZ 56(1960) 103

(25) Zitat Bürgi Art. 753/54 N 69 ; Morant 10 ff.; BGE 59 II 434

Die Gründer sind verpflichtet, den richtigen Wert von Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründerleistungen und den durch die Gesellschaft erstellten Gegenwert anzugeben (HRV 81 IV)(26). Eine schuldhafte Ueberbewertung ist widerrechtlich und lässt die Verantwortlichen haften. Auch das Verschweigen von bestehenden Belastungen auf Sacheinlagen und Sachübernahmen stellt einen Verstoss gegen Art. 753 Ziff.1 OR dar(27).

3. Art. 753 Ziff.2 OR

In Ziffer 2 wird als weiterer Tatbestand widerrechtlicher Handlungen genannt: Das Vorweisen einer Bescheinigung oder Urkunde mit unrichtigen Angaben zur Erlangung der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister. Die der Anmeldung beizulegenden Bescheinigungen werden in OR 640 bezeichnet. Die Haftung erstreckt sich auf die Beilagen zur Anmeldung (BGE 32 II 278) und auf alle Urkunden, die dem Handelsregisterführer als Unterlagen gedient haben; so fallen insbesondere darunter: die Zeichnungsscheine und die Bescheinigungen, dass die Einzahlungen und Sacheinlagen zur freien Verfügung der Gesellschaft stehen (OR 635 II und 638 II Ziff.4).

Sind anlässlich der Gründung widerrechtliche Handlungen begangen worden, die unter Ziffer 1 von Art. 753 fallen, enthalten die Gründungsdokumente, die dem Handelsregisterführer eingereicht werden müssen, also falsche Angaben. Art. 753 Ziff.2 verfolgt demnach dieselben widerrechtlichen Handlungen wie Ziffer 1. "Die Bestimmung von Art. 753 Ziff.2 bewirkt, dass wegen der Nichtberichtigung bzw. des Bestehenbleibens von in Art. 753 Ziff.1 genannten falschen Angaben

(26) Bezüglich Sacheinlagen BGE 90 II 494
(27) Bürgi Art. 753/54 N 72

oder dem Unterlassen gewisser Angaben, Personen zur Verantwortung gezogen werden können, die sich nicht unbedingt mit den, dem Handelsregistereintrag vorausgehenden Gründerhandlungen befasst haben"(28).

Ein weiteres und wichtiges Anwendungsgebiet findet der Art. 753 Ziff.2 für die Fälle der Bargründung mit verschleierter Nichtliberierung, den sogenannten Scheineinzahlungen. In diesen Fällen wird das Aktienkapital wohl bei der Depositenstelle hinterlegt, aber nicht, wie dargetan, um dieses der in Gründung begriffenen AG zur Verfügung zu stellen, sondern um es unmittelbar nach erfolgter Gründung an die Zeichner oder an dritte Darlehensgewährer zurückzuerstatten. Mit dieser Scheineinzahlung ist dem Gesetz zwar formell Genüge getan - die Depositenstelle stellt ohne weiteres die zur Eintragung erforderliche und auch richtige Bescheinigung über die erfolgte Einzahlung des Kapitals aus - doch beurteilt sich nach BGE 76 II 307 die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der für die Eintragung ins Handelsregister massgebenden Bescheinigung nicht nach formellen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten. Da nun das einbezahlte Kapital, entgegen OR 633 II und 638 II Ziff.2, in Wirklichkeit der Gesellschaft nicht zur ausschliesslichen Verfügung bereit steht, ist eine solche Bescheinigung unrichtig(29).
Werden Aktien mittels Verrechnung von Forderungen gegenüber der Gesellschaft liberiert, so hat nach HRV 80 I die öffentliche Urkunde über die Gründung auch darüber Auskunft zu geben. Die Missachtung dieser Vorschrift zieht die Verantwortlichkeit aus OR 753 Ziff.2 nach sich(30).

(28) Bürgi Art. 753/54 N 74 ; BGE 59 II 449, 90 II 493

(29) BGE 86 III 159 ff.; Bürgi Art. 753/54 N 75 ; vgl. auch Jäggi in SJZ 48(1952) 297 ff.

(30) Bürgi Art. 753/54 N 76

4. Art. 753 Ziff.3 OR

Als letzter Tatbestand widerrechtlicher Handlungen ist in Ziffer 3 des Art. 753 OR das wissentliche Beitragen zur Annahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angeführt. Eine Pflicht zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Zeichner besteht zwar nicht, hingegen ist das Bekanntseinmüssen dem Bekanntsein gleichzustellen(31). Jedermann, der irgendwie dazu beigetragen hat, dass Personen, von deren Insolvenz er Kenntnis hatte, zur Zeichnung zugelassen worden sind, haftet, und sei es nur infolge Unterlassens einer Einspruchserhebung. Diese Vorschrift wurde anlässlich der Revision von 1936 neu eingeführt, und ihre Spitze richtet sich hauptsächlich gegen das Strohmännertum(32).

B. Haftung aus Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation (OR 754)

1. Allgemeines

Wer mit der Verwaltung, der Geschäftsführung, der Kontrolle oder der Liquidation einer AG betraut ist haftet sowohl der Gesellschaft als auch ihren Aktionären und Gläubigern gegenüber persönlich für allen Schaden, den er durch schuldhaftes Nichterfüllen seiner Obliegenheiten verursacht hat. Ein Verstoss gegen eine Rechtspflicht ist widerrechtlich. Im konkreten Fall ist daher immer zuerst klarzustellen, ob eine bestimmte Rechtspflicht vorlag und ob sie vernachlässigt worden ist(33).

(31) Schucany Art. 753 N 9 ; Prot.Exp.Komm. 443

(32) Morant 54

(33) Bürgi Art. 753/54 N 79

Die Verantwortlichkeit ist den Organen einer AG im Interesse der Sicherheit im geschäftlichen Verkehr und des Vertrauens, dessen ein solches Unternehmen bedarf, auferlegt. Unwissenheit und Unfähigkeit bilden daher keine Entschuldigungsgründe, um die vom Gesetz als verantwortlich erklärten Personen von ihrer Haftung zu befreien. "Derjenige, der nicht über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um eine Aktiengesellschaft verwalten und führen zu können, muss eben darauf verzichten, einem solchen Organ anzugehören"(34).

Aufgrund der Möglichkeit, Pflichten zu delegieren, ist es nicht immer leicht zu entscheiden, wer für welche Pflicht die Verantwortung trägt. Im folgenden werden die von der Wissenschaft erarbeiteten Kriterien zur vernünftigen Abgrenzung der Pflichttragung wiedergegeben.

2. Die Organe der Aktiengesellschaft

Die AG als juristische Person handelt durch ihre Organe, denn nur über die Vertretung durch natürliche Personen kann sie am Rechtsleben teilnehmen(35). Die notwendigen Organe der AG sind die Generalversammlung (OR 698 ff.), die Verwaltung (OR 707 ff.) und die Kontrollstelle (OR 727 ff.). Als weiteres gesetzliches Organ für ausserordent-

(34) Zitat SAG 17(1944) 230 lit.a ; Bürgi Art. 753/54 N 95 BGE 97 II 411

(35) Guhl 147 ; Ausnahme der Regel, dass nur natürliche Personen Organe der AG sein können, ist häufig beim Kontrollorgan anzutreffen. Die Funktion der Kontrollstelle können juristische Personen einnehmen, so namentlich Treuhandgesellschaften und Revisionsverbände vgl. F.v.Steiger, Recht der AG, 279. Juristische Personen werden überdies in der Funktion als Liquidatoren anerkannt vgl. Pinösch 6 ; Schucany Art. 740 N 1 ; Art. 41 HRV

liche Situationen sind im Gesetz genannt: Die Liquidatoren (OR 740 ff.) sowie der Sachwalter (OR 725 IV)(36).

3. Die Verwaltung

a) Die Verwaltung i.w.S.

Wird von der Verwaltung als Teil der Organisation der Aktiengesellschaft gesprochen, so ist in der Regel das exekutive Organ gemeint(37). In diesem Sinn hat Verwaltung die Bedeutung eines Oberbegriffs und wird von der h.L. als Verwaltung i.w.S. bezeichnet(38). Die Verwaltung i.w.S. umfasst die eigentliche Verwaltung oder Verwaltung i.e.S. und die Geschäftsführung. Der Begriff Verwaltungsrat bezeichnet das oberste Verwaltungsorgan und knüpft an die formelle Stellung innerhalb der Verwaltung i.w.S. an(39).

b) Die Verwaltung i.e.S.

Unter der Verwaltung i.e.S. versteht man jene Tätigkeiten, die für das Unternehmen von besonderer Tragweite sind. Dazu gehören im allgemeinen die interne Organisation der Verwaltung i.w.S. und die Festsetzung der allgemeinen Richtlinien über die Geschäftspolitik sowie die Ueberwachung der Geschäftsführung(40). Die interne Aufteilung der Verwaltung i.e.S. und ihre bereichsweise Delegation ist laut OR 714 II ausdrücklich gestattet, die Verantwortung wird aber nicht mit delegiert. Dies bedeutet praktisch, dass die Verwaltung

(36) Zum Organbegriff Tuor/Schnyder 105 ff.; Kreis 26 ff.; Weber 1 ff.; Forstmoser, Verantwortlichkeit, I, 30 ff.

(37) Meier-Wehrli 7

(38) Meier-Wehrli aaO ; Schenk 5 f.

(39) Meier-Wehrli 9

(40) Hirsch in ZSR 85 II(1960) 10 f.; Bürgi Art. 712 N 19

i.e.S., unabhängig davon, wie sie sich intern organisiert, mindestens für die Aufgaben einzustehen hat, welche ein sicheres Funktionieren der Verwaltung i.w.S. gewährleisten. Mit Verwaltung im Sinne von OR 754 I ist demnach nicht ein bestimmtes Organ gemeint, sondern die Tätigkeit, für welche die Verwaltung i.e.S. in jedem Fall die Verantwortung trägt(41).

4. Die Geschäftsführung

Die Geschäftsführung ist, im Gegensatz zur Verwaltung, in vollem Umfang delgierbar, d.h.: Mit der Delegation der Geschäftsführung wird auch die Verantwortlichkeit übertragen(42). Allgemein umschrieben besteht die Geschäftsführung in der selbständigen Vornahme der laufenden Geschäfte, was die Kompetenz zu eigenen Entschlüssen impliziert (43). Lehre und Praxis unterscheiden zwischen Geschäftsführung i.e.S. und Vertretung.

a) Geschäftsführung i.e.S. (nach innen)

In der Gegenüberstellung der Geschäftsführung zur Vertretung erscheint die Geschäftsführung als eine gesellschaftsinterne Tätigkeit, während sich die Vertretung nach aussen richtet(44). Die Abgrenzung der Geschäftsführung als nach innen gerichteter Tätigkeit zu der Geschäftsführung, die alle selbständigen Handlungen zur Erfüllung der

(41) Meier-Wehrli 10

(42) Henggeler 31

(43) Schucany Art. 712 N 3 ; Guhl 579 ; Henggeler 33 ; Meier-Wehrli 11 ; Schenk 6 ; Weber 2

(44) OR 717 und 722 II Ziff.3 stellt der Vertretung die Geschäftsführung gegenüber und meint damit die Geschäftsführung i.e.S. vgl. Meier-Wehrli 12 f.; Weber 2 ; BGE 65 II 6 , 68 II 301

laufenden Geschäfte umfasst, erfolgt durch die Terminierung "im engeren Sinn" und meint entsprechend den Art. 722 II Ziff.3 und 717 OR die internen Bereiche der Geschäftsführung.

b) Vertretung (Geschäftsführung nach aussen)

Nach Art. 718 I OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringt. Der Verwaltungsrst ist befugt, die Geschäftsführung und die Vertretung zu delegieren, immerhin mit der gesetzlichen Einschränkung, dass eines seiner Mitglieder zu den Vertretern gehört und mit ihnen die Verantwortlichkeit teilt(45).

Obwohl in Art. 754 I neben der Verantwortlichkeit aus der Geschäftsführung diejenige aus der Vertretung nicht ausdrücklich erwähnt ist, fällt diese auch darunter. Es entspricht einer vernünftigen Auslegung des Gesetzes, dass nicht nur innergesellschaftliche Vorgänge, sondern auch die ebenso wichtigen Vertretungshandlungen von der Verantwortlichkeit erfasst werden(46).

5. Zusammenfassender Ueberblick

Die Verwaltung i.w.S. wird aufgeteilt in die eigentliche Verwaltung (Verwaltung i.e.S.) und die Geschäftsführung. Die Geschäftsführung ihrerseits teilt sich in die nach innen gerichtete Geschäftsführung (Geschäftsführung i.e.S.) und die Vertretung(47).

(45) OR 717 I Satz 2, OR 711 III

(46) Meier-Wehrli 13 ; Meier-Hayoz Art. 1 ZGB N 191 ; Keller 71 FN 157: "Wenn das Gesetz einen Rechtssatz enthält, der auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden kann, so liegt keine Lücke vor..."(Zitat von Huber/Mutzner 205 N 9 abgedruckt bei Keller aaO)

(47) Vgl. die graphische Darstellung bei Schenk 6

6. Kontrolle

a) Interne Kontrollstelle

Zur Frage, welche rechtliche Beziehung die Kontrollstelle gemäss OR 727 ff. zur Gesellschaft habe, gibt es zwei Meinungen. Die mehrheitlich vertretene - welcher wir uns anschliessen wollen - betrachtet die Kontrolle als Organfunktion, welche anhand gewisser Mandatsgrundsätze näher bezeichnet wird(48).
In der Gegenüberstellung der Organe ist die Generalversammlung in der Hauptsache für die Willensbildung zuständig, die Verwaltung ist ausführendes Organ, und die Kontrollstelle überwacht die buchhalterische Korrektheit der Ausführungen(49). Die Kontrollstelle ist rechtlich ein der Verwaltung koordiniertes Organ, das die Rechnungslegung der Verwaltung zu prüfen hat und von der GV bestellt ist.
Das freie, unabhängige Funktionieren der drei Organe spielt aber in der Praxis schlecht, denn es ist die Verwaltung, die das Unternehmen beherrscht und die Funktionsfähigkeit der beiden andern Organe beschränkt. Die GV erfüllt vielfach nur noch formelle Aufgaben, und die Kontrollstelle, als deren Vertrauensorgan, vermag ihren Pflichten oft nur schwer nachzukommen, da in manchen Fällen die Verwaltung - entgegen dem Gesetz und den Statuten - den Umfang der Prüfungspflicht festlegt und bestimmt, was zur Kenntnis der Kontrollstelle gelangen soll(50).

(48) Hirsch Diss 51 ; Schluep 90
Die zweite Lehrmeinung geht von einem reinen Vertrag aus; in der Regel Auftrag, evt. Arbeitsvertrag vgl. Hirsch aaO

(49) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 137 N 1 ; F.v.Steiger, Recht der AG, 271 ff.

(50) Weber 3 ff.

Es ist daher begrüssenswert, dass auch im schweizerischen Recht zweckmässige Verbesserungen für eine Verstärkung der buchhalterischen Kontrolle vorgesehen sind(51).

Die Haftung der Prüfer ist gleich geregelt wie die Haftung der mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen. Nach OR 754 I sind die Prüfer sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die gesetzliche Sorgfalt ist eine Mindestsorgfalt, und die Prüfer können sich von der Haftung nicht befreien, indem sie sich auf ihre Unfähigkeit oder Unwissenheit berufen(52). Die erforderliche Sorgfalt der Kontrolle ist daher nach demselben Massstab zu beurteilen wie jene der Verwaltung. Nach Hirsch ist entsprechend den Art. 99 I und II erster Satz und insbesondere 722 I OR die erforderliche Sorgfalt der Prüfer allein von Art und Umfang (du genre) der zu prüfenden Aktiengesellschaft abhängig, oder anders gesagt, von der zu verrichtenden Arbeit. So beurteilt sich das Mass der Sorgfalt nach rein objektiven Kriterien, und alle Elemente, welche die Eigenschaften der Person des Prüfers berücksichtigen, scheiden aus(53).

(51) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 325 N 19 ; Art. 727 ff. VE, insbes. VE 727 a,b,c (Anhebung der Anforderungen an die fachliche Qualität und Unabhängigkeit der Revisoren), VE 728 III Satz 2 (erweitertes Abberufungsrecht durch Aktionäre und Gläubiger), VE 729 a I (richterliche Bestellung eines zusätzlichen Revisors auf Antrag einer Aktionärsminderheit), VE 730 a (Ausbau der Berichterstattung der Revisoren gegenüber der Generalversammlung)

(52) Hirsch Diss 193 N 231 ; SAG 17(1944) 230 lit. a

(53) Im Sinne von Art. 321 lit.e OR

Eine Verletzung von Geboten der allgemeinen Rechtsordnung, die mit der Ausübung der Organpflichten in keinem funktionellen Zusammenhang steht, lässt die Prüfer nach OR 41 haften(54).

Ein Verstoss gegen die Prüfungspflicht ist nie unmittelbare Ursache der Schädigung: Die Schadenszufügung durch die Kontrollstelle baut auf einer bestehenden Schädigung durch die Verwaltung auf, indem die Kontrollstelle es versäumt, auf die Fehler in der Buchhaltung hinzuweisen, die durch die andauernde Misswirtschaft der Verwaltung entstanden sind(55). Neben der Verwaltung i.w.S. haften die Prüfer für allen Schaden, den sie dadurch verursacht haben, dass sie der GV von den Schadenstatbeständen keine Kenntnis gegeben haben(56).

Unter die Verantwortlichkeitsbestimmungen gemäss Art. 754 ff. OR fallen alle von der GV gewählten Prüfer; also auch die besonderen Kommissäre oder Sachverständigen gemäss OR 731 II(57).

b) Externe Kontrollstelle

Es ist zu unterscheiden zwischen der Tätigkeit der internen, von der Generalversammlung gewählten, Kontrollstelle (OR 727 ff)(58) und der Revisionstätigkeit einer dritten, natürlichen oder juristischen Person (OR 723/ BkG 18 ff.). Die externe Kontrollstelle besteht neben der internen, und ihre Aufgaben gehen - wenigstens nach dem

(54) Vorne § 2 FN 21 ; weitergehend Funk Art. 754 N 1 ; Weber 36 ; BGE 61 II 233 wonach die Haftung nach OR 41 schon immer dann platzgreift, wenn keine besondere Aufsichtspflicht verletzt wurde.

(55) Weber 42 f.; Frick 80 f.; Wyler 29 ; BGE 86 II 182

(56) Weber 43 ; Frick 80

(57) Henggeler 48 ; Frick 34 f.78 ; Hirsch Diss 196 FN 10 aA Bürgi Art. 753/54 N 120

Bankengesetz(59) - über die ordentliche Buchprüfung hinaus. Ihre Pflicht ist es insbesondere, die Verwaltung und die Kontrollstelle auf festgestellte Mängel aufmerksam zu machen und eine Frist zu ihrer Behebung anzusetzen (BkG 21 II/III)(60). "Konkret zielt die Revision auf die formelle Ordnungsmässigkeit und die materielle Richtigkeit der Rechnungslegung..."(61). Resultat der Revisionstätigkeit ist der erhöhte Gläubigerschutz, der darin besteht, dass den Mitgliedern der Verwaltung in allfälligen Verantwortlichkeitsprozessen die Einrede der Unkenntnis der wirklichen Verhältnisse abgeschnitten wird(62). "La présence d'un reviseur devait avant tout renforcer la responsabilité des organes normaux..."(63).

Die Haftung der externen Kontrollstelle richtet sich ausschliesslich nach den Mandatsvorschriften. Eine Verantwortlichkeitsklage kann daher nur von der Gesellschaft als Vertragspartnerin erhoben werden und nicht auch von den Aktionären und Gläubigern(64). Nimmt indessen eine Revisionsstelle in Personalunion die Funktion der internen und der externen Kontrollstelle ein, so haftet sie für die Tätigkeit aus OR 727 ff. nach den Verantwortlichkeitsbestimmungen gemäss OR 754 ff.(65).

(58) Unter die nicht von der GV gewählten Kontrollorgane fällt auch die Revisionsstelle bei Kapitalherabsetzungen (Art. 731 II OR); die Haftung ist analog geregelt ; Bürgi Art. 753/54 N 120

(59) Morger 68

(60) Guhl 634 ; Hirsch in Treuhänder 9/1976 10 ff. ; Lutz in Treuhänder 9/1976 18 ff.

(61) Lutz 18 Ziff.2

(62) Guhl 635 ; Frick 34 f. 78 ; Brühlmann zu Art. 41 BkG

(63) Hirsch Treuhänder, 11 Ziff. 5

(64) Hirsch aaO ; Bürgi Art. 753/54 N 120 ; aA noch Hirsch Diss 196 FN 10

(65) Bürgi Art. 723 N 14 ff.; Bodmer/Kleiner/Lutz Art. 41 BkG N 17

7. Liquidation

Die Liquidation umfasst das ganze Verfahren, das dem Auflösungsbeschluss folgt (OR 736 ff.). Sie umfasst die Abwicklung aller pendenten Geschäfte, die Bezahlung der Schulden, die Versilberung der Aktiven und die Verteilung des Aktivsaldos unter die Aktionäre(66). Die Gesellschaftsliquidation i.e.S. bezieht sich auf das dem Auflösungsbeschluss nachfolgende Stadium ohne Konkurs(67).
Die Liquidatoren können durch Statuten, durch Beschluss der Generalversammlung oder durch den Richter bezeichnet werden. Subsidiär ist die Verwaltung selber für die Durchführung der Liquidation zuständig (OR 740 I). Die Verwaltung erhält damit eine doppelte Funktion als Verwaltungs- und Liquidationsorgan(68). Auch juristische Personen werden in der Praxis und von der Literatur als Liquidatoren anerkannt(69).

Das Gesetz regelt den Aufgabenbereich der Liquidatoren sehr ausführlich (OR 742 ff.). Die Hauptaufgabe der Liquidatoren besteht darin, die Geschäfte zu beenden und durch allmählichen Abbau die Tätigkeit der Gesellschaft zum Erlöschen zu bringen(70). Damit sie diese Aufgabe optimal erfüllen können, gehört zu ihren Obliegenheiten und Befugnissen insbesondere: das Recht zur Prozessführung, zum Abschluss von Vergleichen und zur Eingehung neuer Verbindlichkeiten, um im Gang befindliche Geschäfte vorteilhaft abwickeln zu können, die Pflicht zur Aufstellung jährli-

(66) Mettler 10

(67) Pinösch 1 ; Für die Liquidation der konkursiten Gesellschaft gelten die Bestimmungen des SchKG (Art. 197 ff. SchKG). Auch die Liquidation im Falle des Nachlasses mit Vermögensabtretung erfolgt durch offizielle Liquidatoren, die der Konkursverwaltung analoge Befugnisse haben.

(68) Funk Art. 740 N 1 (sog. gesetzliche Liquidatoren)

(69) Pinösch 6 FN 22 ; Funk Art. 740 N 1

(70) Funk Art. 743 N 1

cher Zwischenbilanzen, sofern die Liquidation länger andauert, und die Pflicht zur Anmeldung des Konkurses, wenn die Liquidatoren die Ueberschuldung der AG feststellen(71). Nach OR 754 haften die Liquidatoren für die schuldhafte Verletzung aller ihrer nach Gesetz und Statuten obliegenden Pflichten sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gläubigern gegenüber für den dadurch entstandenen Schaden. Die Haftung ist rechtlich gleich derjenigen aus OR 754 I(72). Obwohl die Haftung der Sachwalter (OR 725 IV bezüglich Konkursaufschub und SchKG 295 bezüglich Nachlassverfahren) nicht ausdrücklich erwähnt ist, wird sie im gleichen Sinn auf diese auszudehnen sein(73).

IV KREIS DER KLAGEBERECHTIGTEN PERSONEN

Die gefährdeten und daher zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage berechtigten Personen sind die Gesellschaft, die nicht zu den Gründern gehörenden ursprünglichen Aktionäre, die späteren Aktienerwerber und die Gläubiger(74)

(71) Guhl 645

(72) Guhl 652 ; Funk Art. 754 N 8

(73) Funk Art. 754 N 8 ; Schucany Art. 754 N 6 ; Henggeler 47 f.:"Man wird...den Sachwalter im Konkursaufschub ebenfalls den Bestimmungen von neu OR 754 in deren analoger Anwendung unterstellen, zumal ja diese Stellung weitgehend mit derjenigen des Bankenkommissärs übereinstimmt."(BkG 31 ff.)"Kommissäre zur Prüfung der Geschäftsführung sind noch bei der gesetzlichen Regelung der Kontrollstelle in neu OR 731 II vorgesehen. Diese Kommissäre stehen unter den Verantwortlichkeitsvorschriften der Kontrollstelle." Auch Frick ist der Ansicht, die Verantwortlichkeit der Liquidatoren, Sachwalter und Kommissäre sei die gleich strenge wie die der andern Organe, ferner Hirsch, Diss, 196 FN 10 ; und Schmid 69 lit.d ; aA Bürgi Art. 753/54 N 120

(74) Siegwart Art. 628 N 3 ; BGE 59 II 447

A. Die Gesellschaft

In den meisten Fällen ist die Gesellschaft selber in erster Linie betroffene Person einer schädigenden Handlung. Eine Schädigung kann der Gesellschaft schon im Gründungsstadium erwachsen. Ihre Verantwortlichkeitsklage gründet sich dann auf Art. 753 OR. Ist ihr Schaden aber Ausfluss eines pflichtwidrigen Verhaltens der Verwaltung, der Geschäftsführung, der Kontrolle oder der Liquidatoren, so klagt die Gesellschaft aus OR 754.
Zur Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert ist die Gesellschaft mit erfolgter Eintragung in das Handelsregister (OR 643). Unter dem Vorbehalt abweichender statutarischer Bestimmungen oder besonderer Vereinbarungen wird die Verwaltung i.e.S.(75) für die Gesellschaft klagen(76). Angesichts der Tragweite, die Verantwortlichkeitsprozessen in der Regel zukommt, wird sich die Verwaltung zur Prozessführung mit Vorteil von der GV speziell ermächtigen lassen, und zwar selbst dann, wenn ihre Kompetenz dazu bereits feststeht(77). Richtet sich die Klage indessen gegen Mitglieder der Verwaltung i.e.S. oder gegen alle Mitglieder der Verwaltung i.w.S.(78), so hat die GV einen Klageführer zu bevollmächtigen(79).

(75) Die Verwaltung i.e.S. ist ein funktioneller Begriff und erlaubt daher, sämtliche Personen einzubeziehen, welche mit der eigentlichen Verwaltung betraut sind; oben (§1/III/B/3/b, S.10)

(76) Funk Art. 754 N 3

(77) Meier-Wehrli 48

(78) Verwaltung i.w.S. wird als Oberbegriff verstanden, nämlich als das exekutive Organ in seiner Gesamtheit; oben (§1/III/B/3/a, S.10)

(79) Frick 24 ; R. Picenoni 236 ; Meier-Wehrli 48 ; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 185 N 7

B. Die Aktionäre

Die besondere Stellung des Aktionärs bringt es mit sich, dass er grundsätzlich auf zwei Arten geschädigt werden kann. Die verantwortlichen Personen können durch Verletzung von Individual- und Sonderrechten dem Aktionär Schaden zufügen(80). Da in diesem Fall der Aktionär alleiniger Betroffener des Schadensereignisses ist, nennt man diesen Schaden einen direkten bzw. unmittelbaren oder primären.
Einen Verlust kann der Aktionär aber auch in der Weise erleiden, dass in erster Linie die Gesellschaft, an deren wirtschaftlichem Wert er mit seinen Aktien partizipiert, geschädigt wird. Sein Schaden ist in diesem Fall abhängig vom Gesellschaftsschaden. Diesen Schaden bezeichnet man als indirekten bzw. mittelbaren oder sekundären.
In beiden Fällen hat der Aktionär von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Ersatz des Schadens.

C. Die Gläubiger

Den Aktionären analog können die Gläubiger auf zweifache Weise zu Schaden kommen, und auch ihnen steht es von Gesetzes wegen in beiden Fällen zu, gegen die Verantwortlichen zu klagen. In dem Sinne können sie die Verantwortlichen nicht nur dann auf Ersatz des Schadens belangen, wenn zu ihrem Schutz aufgestellte Rechte verletzt worden sind, sondern auch dann, wenn in erster Linie die Gesellschaft zu Verlust gekommen ist und die Gesellschaftsverluste aber von solchem Ausmass sind, dass die Forderungen der Gläubiger nicht mehr gedeckt werden können (OR 758).

(80) Meier-Wehrli 49 ; Frick 24 ; R. Picenoni 161 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 2. a, 35

§ 2 DER SCHADEN ALS VORAUSSETZUNG DER VERANTWORTLICHKEIT

I DER SCHADEN

A. Begriff des Schadens

Notwendige Voraussetzung für das Entstehen von Verantwortlichkeitsansprüchen, ihrer Natur nach Schadenersatzansprüche, ist das Vorliegen eines Schadens. Die Feststellung der Existenz des Schadens löst überhaupt erst die Diskussion über den Schadenersatzanspruch aus(1).
Den Schaden definiert man als eine an wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Gütern ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgte Vermögensverminderung(2).

B. Vermögensverminderung

1. Das Vermögen

Zum Vermögen zählt die Gesamtheit der ökonomisch bedeutsamen und messbaren Güter. Dazu gehören Geld, Sachen und wirtschaftlich erfassbare Rechte und Leistungen(3). Nicht zum Vermögen gehören somit alle Gegenstände und Rechte, deren Wert sich nicht in einer wirtschaftlich erfassbaren Grösse ausdrücken lässt.

2. Definition der Vermögensverminderung

Die Vermögensverminderung und mithin der Schaden ist die Differenz im Vermögen des Geschädigten zwischen dem Vermögensstand vor Eintritt des schädigenden Ereignisses

(1) Oftinger I 47 FN 29

(2) v.Tuhr I 76 ; Guhl 83 ; Oftinger I 40 ff.

(3) Etwa Immaterialgüterrechte, Kredit, wirtschaftliche Freiheit, Arbeit etc.

und dem Vermögensstand nach Eintritt des schädigenden Ereignisses(4).

3. Zu ersetzender Schaden

Zu ersetzen ist grundsätzlich aller Schaden(4a). Erforderlich ist dabei nur, dass der Schaden Ausfluss einer Vertragsverletzung oder eines anderweitig widerrechtlichen Verhaltens ist, dass er ferner zur Schadensursache in einem adäquat kausalen Zusammenhang steht und dass die haftbare Person - von den Fällen der Kausalhaftung abgesehen - ein Verschulden trifft.

4. Inhaltlich zu unterscheidende Schadensarten

a) Positiver Schaden

Der positive Schaden - damnum emergens - besteht in der blossen Differenz der Vermögensstände vor und nach Eintritt des Schadensereignisses. Entweder ist der positive Schaden eine Verminderung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven(5).

b) Entgangener Gewinn

Dem entgangenen Gewinn - lucrum cessans - liegt die Hypothese zugrunde, dass sich das Vermögen ohne schädigendes Ereignis vermehrt hätte. Berücksichtigt wird der zukünftige (hypothetische) Wert, der, ohne Schadensereignis, mutmasslich eine Vermögensvermehrung bedeutet hätte(6). Der entgangene Gewinn stellt sich sodann als Dif-

(4) Oftinger aaO

(4a) Forstmoser, Verantwortlichkeit, IV 1., 40

(5) Oftinger I 42 ; Deschenaux/Tercier 50 N 1

(6) Oftinger I 42 f. Beim Verdienstausfall wegen Körperverletzung entgeht dem Betroffenen Gewinn im Sinne des lucrum cessans (OR 46 I). Auch der Versorgerschaden (OR 45 III) stellt einen entgangenen Gewinn in diesem Sinne dar ; Deschenaux/Tercier 50 N 2

ferenz zwischen dem zukünftigen Vermögensstand und dem Vermögensstand zur Zeit des schädigenden Ereignisses dar.

5. Formell zu unterscheidende Schadensarten

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden hängt nach Guhl(7) mit der praktischen Frage nach der Zahl der Glieder in der Kausalkette zusammen; mit der Frage also, ob zwischen Schadensereignis und Schaden vom Schädiger nicht zu vertretende Umstände liegen, die den Schaden als entferntere Folge erscheinen lassen.

a) Unmittelbarer Schaden

Der unmittelbare Schaden ist gewissermassen die primäre und logische Konsequenz aus der Schädigung. Gibt jemand einen gezielten Schuss auf einen Menschen ab, so wird dieser dadurch verletzt. Der unmittelbare Schaden besteht - wenn wir weitere Ansprüche ausser acht lassen - in den Heilungskosten und im etwaigen Verdienstausfall des Geschädigten.

b) Mittelbarer Schaden

Von mittelbarem Schaden spricht man immer dann, wenn sich nach Eintritt und infolge des Eintritts des unmittelbaren Schadens noch weitere, entferntere, aber mit dem schädigenden Ereignis kausal zusammenhängende Schäden ergeben. So liegt etwa en mittelbarer Schaden vor, wenr im obigen Beispiel die angeschossene Person anlässlich der zur Heilung notwendigen Therapie einen weiteren Schaden nimmt(8).

(7) Guhl 84 ; Engel 325 ; Bürgi Art. 753/54 N 50

(8) Vgl. das Beispiel bei Oftinger I 45 ; Deschenaux/Tercier 51 N 1, welche in diesem bestimmten Fall den Begriff "dommage subséquent" verwenden.

Zu ersetzen ist der mittelbare Schaden immer dann, wenn keine neue, genügend intensive Ursache die ursprüngliche verdrängt, so dass die erste nicht mehr adäquat erscheint (9), sowie freilich da, wo die Ersetzung des mittelbaren Schadens vom Gesetz festgelegt ist(10).

C. Fehlende Einwilligung des Geschädigten

Von einem Schaden kann begriffsnotwendig nur dann die Rede sein, wenn die Vermögensverminderung ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgt ist. Hingegen ist es niemandem verwehrt, über sein Vermögen so zu verfügen, dass dieses in seinem Wert vermindert wird, dies freilich unter der Voraussetzung, dass nicht damit die rechtlich geschützten Interessen von Dritten verletzt werden.

II DER UNMITTELBARE UND DER MITTELBARE SCHADEN IM VERANTWORTLICHKEITSRECHT DER AG

A. Terminologisches

Die Bezeichnungen unmittelbarer und mittelbarer Schaden, welche letztere im Verantwortlichkeitsrecht die Tatsache erfasst, dass Personen geschädigt werden, weil vorgängig eine andere Person unmittelbar zu Schaden gekommen ist, wirkt nicht sehr glücklich. Wie vorstehend auf Seite 23 Ziff.5 angeführt wurde, versteht man unter dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden zwei Schadensarten, die sich dem Begriff nach unterscheiden. Danach ist der unmittelbare Schaden der nächstliegende und der mittelbare der vom schädigenden Ereignis weiter entfernte Schaden.

(9) Oftinger, BGr.-Praxis, Nr.89 c) BGE 33 II 564 ff.
(10) OR 753/54, OR 827, OR 917 II, OR 920

Der Begriff des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens ist aber im Verantwortlichkeitsrecht derselbe. Die Unmittelbarkeit bzw. die Mittelbarkeit liegt nicht im Schadensbegriff, sondern im betroffenen Personenkreis. Zutreffender wäre es daher, wenn in diesem Zusammenhange von den unmittelbar und den mittelbar geschädigten Personen gesprochen würde(11). Da aber die Terminierung "unmittelbarer und mittelbarer Schaden" von der ganzen Lehre verwendet wird, und der Begriff mittelbarer Schaden selbst in das Gesetz eingegangen ist, wird auch den hier folgenden Ausführungen dieses Begriffspaar zugrunde gelegt.
Als synonyme Begriffspaare findet man zuweilen auch die Bezeichnungen primärer und sekundärer Schaden sowie direkter und indirekter Schaden(12).

B. Zur Unterscheidung

1. Der Grund zur Unterscheidung

Die spezifische Struktur der körperschaftlich organisierten Aktiengesellschaft begründet die Tatsache, dass durch das pflichtwidrige Verhalten der verantwortlichen Gründer, Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrollorgane und Liquidatoren im Vermögen der verschiedenen Personenkreise ein Schaden auf verschiedene Art entstehen kann.

2. Unterschiede

Eine Schädigung kann in folgender Art und Weise grundsätzlich alternativ sein:

(11) Oftinger I 45 FN 21 ; Bürgi Art. 753/54 N 50 ; Deschenaux/Tercier 51 N 2 sprechen dann von unmittelbarem und mittelbarem Schaden, wenn ein Personenkreis unmittelbar und ein anderer mittelbar geschädigt wird, und zwar aufgrund desselben Schadensereignisses.

(12) Frick 88 ; Meier-Wehrli 51

- Es kann sich ein Schaden unmittelbar und ausschliesslich in der Vermögensmasse der Aktionäre und/oder Gläubiger einstellen, ohne dass das Gesellschaftskapital dadurch mitbetroffen wird.
- Oder ein Schaden erwächst grundsätzlich der Gesellschaft selber, was bewirkt, dass die Aktionäre und u.U. auch die Gläubiger - als vom Gesellschaftsvermögen abhängige Personen - in zweiter Linie (mittelbar) auch geschädigt werden(13).

III DER UNMITTELBARE SCHADEN

A. Im Vermögen der Gesellschaft

Am häufigsten trifft ein schädigendes Verhalten der verantwortlichen Personen die AG als selbständige Rechtsperson. Der Schaden der AG zeigt sich darin, dass ihre Vermögensbestandteile in Mitleidenschaft gezogen werden. Hiezu gehören neben dem Aktienkapital die Reserven und das freie Eigenkapital(14). Ob die Reserven für die Deckung des Schadens ausreichen, ändert nichts an der tatsächlichen Schädigung der Gesellschaft.
Die Gesellschaft kann aber auch geschädigt werden, ohne dass ihre Vermögensbestandteile direkt vermindert werden. Negative vermögensrechtliche Auswirkungen können Handlungen

(13) Auch jener besondere Fall ist hier zu subsumieren, in welchem der Gesellschaft deshalb weder Schaden noch Ersatzanspruch erwächst, weil ihr das Wissen um die Schädigung zugerechnet werden muss. Obwohl es dann auch keinen unmittelbar Geschädigten gibt, sind die betroffenen Aktionäre und Gläubiger gleichwohl mittelbar geschädigt, vgl. vorne (§5/II/B) ; zur Problematik auch Jäggi in SJZ 48(1952) 297 ff.

(14) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 207 N 19, § 30

zeitigen, die dem guten Ruf der Gesellschaft schaden und dadurch bewirken, dass ihre Aktien stürzen und notwendige Kredite verweigert werden, so dass die Gesellschaft Gefahr läuft, in den Konkurs getrieben zu werden(15). Für einen Gesellschaftsschaden kommen die mannigfaltigsten Ursachen in Betracht, wie etwa mangelhafte Organisation der Verwaltung, wobei das gefährliche Moment oft darin besteht, dass sich zuviel Macht auf wenige Personen konzentriert und dabei Gesellschaftsmittel für private Zwecke verwendet werden, was zum Zusammenbruch des Unternehmens führen kann. Mangelnde Sorgfalt in der Geschäftsführung liegt z.B. vor, wenn spekulative Kredite gewährt oder leichtfertig Gelder investiert werden oder bei Missverhältnissen zwischen eigenen und fremden Mitteln etc. Es können auch Untergebene unsorgfältig ausgewählt worden sein, oder die Direktion wird zu wenig überwacht. Anlässlich der Gründung schon kann die Gesellschaft geschädigt werden, indem die Ueberbewertung von Sacheinlagen und Vermögenswertübernahmen oder das Verschweigen oder Verschleiern von Gründervorteilen zu einer materiellen Verminderung des Aktienkapitals führt, oder gar, indem das ganze Aktienkapital nur zum Schein liberiert wird(16).

B. Im Vermögen der Aktionäre

Die unmittelbare Schädigung des Aktionärs ist zugleich eine Verletzung seiner Individual- und Sonderrechte. So liegt etwa ein unmittelbarer Schaden vor, wenn bei der Ausgabe von neuen Aktien die gesetzlichen oder statutarischen Bezugsrechte verletzt werden, wenn einzelne Aktionäre

(15) Frick 91 FN 14

(16) Vgl. den weiter detaillierten Ursachenkatalog bei Frick 91 f. und Meier-Wehrli 51 f.

widerrechtlich kaduziert werden oder wenn die Regeln zur Erstellung der Bilanz missachtet werden. Ein unmittelbarer Schaden ist auch dann denkbar, wenn die Dividendenausschüttung nicht den verhältnismässigen Anteilen am Aktienkapital entspricht(17).

C. Im Vermögen der Gläubiger

Ein häufig vorkommender Fall von unmittelbarem Schaden liegt vor, wenn Personen, gestützt auf unrichtige Angaben in den Veröffentlichungen der Gesellschaft oder aufgrund der Erteilung von falschen Auskünften über die finanzielle Lage derselben, Gläubiger der Aktiengesellschaft werden(18).
Die Herabsetzung des Aktienkapitals ohne vorgängige Befriedigung der Gläubiger oder Sicherstellung ihrer Forderungen, entgegen der gesetzlichen Vorschrift, kann die Gläubiger unmittelbar schädigen. Häufig sind auch Gläubigerschädigungen im Stadium der Gesellschaftsgründung, wobei wiederum der Gläubiger zu Kreditgewährungen bestimmt wird aufgrund unrichtiger Prospekte, überbewerteter Sacheinlagen und Vermögenswertübernahmen etc.(19).

D. Geltendmachung des unmittelbaren Schadens

1. Zeitpunkt und Verjährung

Die Geltendmachung des unmittelbaren Schadens kann von den zu Schaden gekommenen Personen unabhängig davon, ob die Gesellschaft aufrecht steht oder im Konkurs ist, geltend gemacht werden.

(17) Guhl 652 ; Frick 92 ff.; Meier-Wehrli 52 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 2. a, 35 f.; Weitere Beispiele Bürgi Art. 753/54 N 46 f.

(18) Guhl 653 ; BGE 61 II 228

(19) Funk Art. 753 ; Schucany Art. 753 ; Guhl aaO ; Frick 94 ff.; Meier-Wehrli 53 ; Weitere Beispiele Bürgi Art. 753/54 N 48 f.

Stützt sich der Schadenersatzanspruch auf OR 752 - 754, so verjährt dieser in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (OR 760).
Haben die Verantwortlichen aber Gebote der allgemeinen Rechtsordnung verletzt, die mit der Ausübung der Organspflichten in keinem funktionellen Zusammenhang stehen, so stützt sich der Anspruch auf OR 41, und die Verjährung bestimmt sich nach OR 60(20).

2. Klage der Gesellschaft auf Ersatz des unmittelbaren Schadens

a) Allgemeines

Wie jeder unmittelbar Geschädigte ist die Gesellschaft berechtigt, von ihren Schädigern Ersatz für den erlittenen Schaden zu verlangen. Verantwortlichkeitsklagen aus OR 754 stützen sich ausschliesslich auf diesen Haftungstatbestand, sofern die Verantwortlichen die Gesellschaft in Ausübung ihrer Funktion schädigen(20).

b) Ausübung des Klagerechts

Sofern sich der Anspruch nicht gegen den Verwaltungsrat selber richtet, hat dieser für die AG klagend aufzutreten; andernfalls bestellt die Generalversammlung einen besonderen Bevollmächtigten, der die Interessen der AG gegenüber dem Verwaltungsrat wahrnimmt(21).

(20) Bürgi Art. 753/54 N 12-15 ; Jäggi, Schadenersatzforderung, 188 ff.; BGE 92 II 15 ; aber Meier-Wehrli 57 FN 39 ; Frick 21 ff.; Oftinger II 100 f.; BGE 61 II 233 f. Erw. 2

(21) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 125 N 7 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 1. b, 34

c) Beweislast

Die Beweislast richtet sich nach dem anspruchsbegründenden Verhältnis zwischen der AG und den verantwortlichen Personen. Im Fall von Deliktshaftung gilt die allgemeine Regel von ZGB 8; ist die Haftung aber eine solche aus Vertrag oder ex lege, dann gelten die Beweisregeln von OR 97(22).

aa) Haftungsfälle aus OR 753

Nach einmütiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welcher sich die schweizerische Doktrin angeschlossen hat, sind die nach OR 753 schadensbegründenden Pflichtverletzungen der Gründer nicht vertraglicher Art. Diese Pflichten sind vielmehr allgemeine Rechtspflichten gegenüber jedermann. Es sind Pflichten der allgemeinen Rechtsordnung, ihre Verletzung demnach ein Verstoss gegen ein Gebot, das zum Schutze eines jeden, der mit Gründern in Beziehung tritt, aufgestellt worden ist(23). Die Gründer haften daher allen geschädigten Personen gegenüber aus unerlaubter Handlung(24).
Nicht undenkbar erschiene aber, auch für die Tatbestände des Art. 753 eine Haftung ex lege in Betracht zu ziehen. Selbstverständlich bleibt die Anwendung von OR 41 ff. auf widerrechtliche Handlungen vorbehalten, die nicht unter Art. 753 subsumiert werden können, sofern es sich dabei nicht um die Geltendmachung von mittelbarem Schaden handelt(25). Die Ziffern 1-3 des Art. 753 zählen abschliessend

(22) Engel 475

(23) Bürgi Art. 753/54 N 9 ; BGE 32 II 278, 33 II 257

(24) Bürgi aaO ; Frick 23 ; Funk Art. 753 N 1 ; Henggeler 52 ; Hotz 172 ff.; Morant 47 ; Schluep 90 ; Schucany Art. 753 N 1 ; BGE 45 II 531, 59 II 442, 66 II 162, 76 II 320 ; Prot.Exp.Komm. 447 ; aA Goldschmidt 134 FN 79/80 und Bericht I 86

(25) Bürgi Art. 753/54 N 2 ; Stenbull NR 1934, 346

auf, für welche widerrechtlichen Handlungen die verantwortlichen Personen auch den nur mittelbar Geschädigten gegenüber haften. Gerechtfertigt erschiene uns aber, wenn die Besonderheit dieser Tatbestände auch hinsichtlich der Beweislast zum Ausdruck käme(26).

bb) Haftungsfälle aus OR 754

Das rechtliche Verhältnis zwischen der AG und ihren Organen bestimmt die Klagemodalitäten bei einer Schadenersatzklage aus OR 754.
Geht man mit der h.L. davon aus, dass die Gründung und der Beitritt zu einer Körperschaft vertragliche Vorgänge sind und dass auch die notwendige Organisation der Körperschaft auf einer vertraglichen Vereinbarung der Gesellschafter beruht, so sind die Personen (Organe), an welche die gesellschaftlichen Funktionen verteilt werden, als Vertragspartner der Gesellschaft zu betrachten. Die Haftung der Organe gegenüber der Gesellschaft stützt sich dann auf Vertrag, und für die Beweislast gelten die Vorschriften von OR 97(27).
Eine neuere Meinung geht davon aus, dass die Gesellschaftsgründung als Vereinigung mehrerer Rechtssubjekte in einer Organisation von Dauer zu definieren sei, wobei diese nur zum Zweck der Verwirklichung einer bestimmten und unabänderlichen Leitidee erfolge. Die Organe würden von der

(26) Siegwart NZZ: "Der rechtliche Charakter der Haftung hat viel Kopfzerbrechen gemacht. Ist er vertraglicher (Art. 97 OR) oder deliktischer Art (Art. 41 OR)? In der Regel wird die Haftung der Verwaltung als vertraglich, die der Gründer als ausservertraglich bezeichnet. Die Unterscheidung ist unfruchtbar. In Wirklichkeit sind die Haftungsverhältnisse des Körperschaftsrechts eigener Art und brauchen gar nicht den beiden klassischen Typen untergeordnet zu werden."

(27) W.v.Steiger in ZBJV 91 bis(1955) 334 ff.

Organisation mit der zur Verwirklichung der Idee benötigten Macht ausgerüstet(28). Nach dieser Definition sind die Organe keine Beauftragte der Gesellschaft, sie gelten nicht einmal als deren gesetzliche Vertreter, sondern sie sind Inhaber gesellschaftlicher Aemter im Dienste der gesellschaftlichen Leitidee, für deren Verwirklichung sie auch die Verantwortung nach OR 754 tragen(29).
Ohne sich zum institutionellen Charakter der AG zu bekennen, ist auch Becker(30) der Ansicht, dass das Verhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Organen nicht unter den Begriff des Auftrags falle, sondern dass die Rechtsstellung der Organe durch das Gesellschaftsrecht bestimmt werde.

Zur Beantwortung der uns hier beschäftigenden Frage, ob bei einer Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft gegen ihre Organe die Beweislast dem Kläger oder dem Beklagten obliege, ist der Meinungsstreit über das Wesen der AG von geringer Bedeutung. In allen Fällen wird das Verschulden präsumiert, wenn auch im einen Fall aufgrund des Auftragsverhältnisses und im andern Fall im Sinne einer ex lege Haftung. An dieser Stelle sei noch einmal an den Vortrag Siegwarts erinnert(31), wo dieser dafür eingetreten ist, dass die Haftungsverhältnisse des Körperschaftsrechts eigener Art seien und nicht den beiden klassischen Typen untergeordnet zu werden brauchten.

(28) Zur Rechtsnatur der Struktur einer AG vgl. Zumstein 48 ff. insbes. 55 ff.

(29) W.v.Steiger in ZBJV 91 bis(1955) 352 ; Zumstein 56, 68 f.

(30) Becker Art. 394 OR Anm. 3 ; F.v.Steiger in SAG 27(1954/55) 33 ff.; Wilhelm 125 ; BGE 50 II 180, 59 II 453 ; SAG 23(1950) 182 ff.

(31) Oben FN 26

3. Klage des Aktionärs auf Ersatz des unmittelbaren Schadens

a) Klage gegen die verantwortlichen Personen

aa) Allgemeines

Gleich der Gesellschaft hat der unmittelbar geschädigte Aktionär einen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber den verantwortlichen Personen aus OR 753 und 754. Darüberhinaus kann für ihn eine Schädigung aus OR 752 aktuell werden.

bb) Auswirkungen auf die Beweislast

Die Natur der Haftung der verantwortlichen Personen für den unmittelbaren Schaden von Gläubigern und Aktionären ist stark umstritten. Sämtliche denkbaren Varianten finden ihre Anhänger. Im Ausgangspunkt wenigstens stimmen die Meinungen überein: Die einzelnen Gesellschafter - und umso weniger die Gläubiger - stehen in keinem Vertragsverhältnis zu den Organen(32). Diese Erkenntnis ist aber keineswegs Grundlage einer einheitlichen Lösung:
Meier-Wehrli(33) schliesst daraus, dass mangels eines Vertrages und mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften der Anspruch des einzelnen Aktionärs wie auch jener der Gläubiger deliktischer Natur sei. Zur Anwendung kämen dann die Beweisregeln von Art. 41 OR.
Die wohl älteste und am weitesten verbreitete Lehre lässt sich von praktischen Bedürfnissen leiten und folgert, dass es nicht angehen könne, die verschiedenen

(32) Bericht I 86
(33) Meier-Wehrli 72 ff.

Verantwortlichkeitsansprüche auf verschiedene rechtliche Grundlagen zu stellen, weshalb der Vertrag zwischen der Körperschaft und ihren Organen auf die Aktionäre und Gläubiger auszudehnen sei(34). Mit dieser Konstruktion scheint das Prinzip der "res inter alios acta" gebrochen. U.E. richtig ist die Folgerung Bürgis(35), der die Vertragsausdehnung ablehnt, weil sie einseitig nur Rechte, nicht aber Pflichten überträgt. Es liegt näher, eine Haftung ex lege anzunehmen, was vom Ergebnis her natürlich ohne Belang ist, da sich die Beweislast in beiden Fällen nach OR 97 richtet. Was die Haftung aus Gründeung anbelangt, verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen(36) und, gestützt auf die Aussage Siegwarts(NZZ), befürworten wir die ex lege Haftung.

Die Anlehnung an die monistische Theorie führte dazu, dass eine weitere Lehre aus den dreissiger Jahren die Haftung gegenüber den Aktionären deshalb auf die vertragliche Basis stellte, weil diese - im Sinne der Theorie - selber als Vertragspartner der Organe anzusehen sind(37).

Zu weiteren Betrachtungen über die Rechtsnatur der Ansprüche von Aktionären und Gläubigern wird wohl in Zukunft auch die These vom institutionellen Charakter der AG Anlass geben.

(34) Fehr 148 ; Frick 21 ; Guhl 655 ; Henggeler 35 ; Kaeslin 51 ; Kreis 85 ; Vigier 57 ; Bericht I 87

(35) Bürgi Art. 753/54 N 15

(36) Oben (§2/III/D/2/c/aa, S.30)

(37) Goldschmidt 121 ff. insbes. FN 25, 26, 51 ; Biggel 33 f. Diese Lehre weicht als einzige auch im Ausgangspunkt von den übrigen Lehrmeinungen ab: Indem die Generalversammlung mit der Gesellschaft identifiziert wird, werden die Aktionäre in den Vertrag zwischen Gesellschaft und Organen direkt miteinbezogen.

b) Klage gegen die Gesellschaft

Art. 718 III OR lässt die Gesellschaft haften für den Schaden aus unerlaubter Handlung, die eine zur Geschäftsführung oder Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht.
Zeichnet z.B. anlässlich einer Aktienkapitalerhöhung eine Person Aktien und erleidet einen Schaden, weil der Prospekt, der zur Zeichnung Anlass gegeben hat, unwahre Angaben enthält, so haftet die Gesellschaft für die unerlaubte Handlung der in OR 718 III bezeichneten Personen in dem Umfang, in welchem die Schadenersatzleistung nicht einer Einlagerückzahlung gleichkommt. Neben der Möglichkeit, gegen die fehlbaren Personen gemäss OR 752 direkt vorzugehen, steht dem Aktionär auch die Klage gegen die Gesellschaft offen, sofern diese über genügend ungebundene Mittel verfügt(38). Der Anspruch aus OR 752 verjährt in fünf Jahren, während jener aus OR 718 III in einem Jahr verjährt.

4. Klage des Gläubigers auf Ersatz des unmittelbaren Schadens

a) Klage gegen die Gesellschaft

Die Organe verpflichten die juristische Person nicht nur durch den Abschluss von Rechtsgeschäften, sondern auch durch ihr sonstiges Verhalten(39). Dem Gläubiger steht es offen, für die Erfüllung seiner Forderungen gegen die Gesellschaft zu klagen. So hat die Gesellschaft dem Geschä-

(38) Bürgi Art. 752 N 4-6 ; Meier-Wehrli 59 ;
Andere Autoren verneinen generell einen Anspruch der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft, so Graner 122 ; Weiss in SJZ 39(1942/43) 538

(39) Art. 55 II ZGB

digten für eine vertragsgemässe Erfüllung seiner Forderung einzustehen, kann aber ihrerseits Rückgriff auf die schuldigen Verantwortlichen nehmen(40), und ein Gläubiger ist befugt, die Schadenersatzleistung von der Gesellschaft zu verlangen, wenn sich z.B. eine Person anlässlich einer Obligationenemission eine der in OR 752 erwähnten unerlaubten Handlungen hat zuschulden kommen lassen(41).

b) Klage des Gläubigers gegen die verantwortlichen Personen

aa) Allgemeines

Die Anspruchsberechtigung des Gläubigers stützt sich auf dieselben Bestimmungen wie die des Aktionärs; also auf OR 752-754.

bb) Auswirkungen auf die Beweislast

Was die Beweislast anbetrifft, kann vollumfänglich auf die Ausführungen verwiesen werden, die zur Aktionärsklage gemacht worden sind(42). Eine vertragliche Bindung zwischen Gläubigern und Verantwortlichen liegt nicht vor(43). Daraus schliessen die einen, dass sich der Anspruch auf OR 41 stützen müsse(44), andere wollen das Vertragsverhältnis

(40) Meier-Wehrli 61

(41) Bürgi Art. 752 N 2 und 4-6

(42) Oben (§2/III/D/3/a/bb, S.33)

(43) Bericht I 86: "Und vollends kann gegenüber den Gläubigern im Verhältnis zu den verantwortlichen Personen von einer Vertragsgrundlage nicht gesprochen werden."

(44) Oben FN 33 ; aber Bericht I 86: "Allein es geht nicht wohl an, die verschiedenen Verantwortlichkeitsansprüche gegen die handelnden Personen auf verschiedene rechtliche Grundlagen zu stellen."

zwischen der Gesellschaft und den Organen auf die Gläubiger ausgedehnt wissen(45), und eine letzte Meinung definiert die Haftung als eine solche ex lege(46).
Die letzte Meinung erscheint uns richtig. Einerseits lehnt sie die eigenartige Konstruktion der Vertragsausdehnung ab, lässt sich anderseits aber auch nicht auf Kosten von praktischen Bedürfnissen in das u.E. unpassende Gewand der klassischen Alternativhaftung von OR 41 zwängen, sondern sie berücksichtigt die vom Gesetzgeber angestrebte Besonderheit der Haftungstatbestände aus Verantwortlichkeit und deklariert diese als Haftung ex lege. So ist auch den Ausführungen Webers(47) zu entnehmen, dass die Haftung aus Verantwortlichkeit sich aus der gesetzlichen Aufgabe ergebe und die Haftung der Organe gegenüber den Einzelberechtigten eine besondere, spezielle Haftung sei, eine Haftung ex lege.

IV DER MITTELBARE SCHADEN

A. Begriff

1. Die kapitalistische Struktur der AG als Ausgangspunkt

Jeder Geschädigte hat das Recht, seinen Schaden ersetzt zu erhalten. Hierbei ist im Rahmen des gesamten Obligatio-

(45) Oben FN 34 ; aber Bericht II 85: "Soweit es sich dagegen um Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger handelt, bietet die Konstruktion als Vertragshaftung gewisse Schwierigkeiten."

(46) Oben FN 35,36 ; Goldschmidt 123 f: "Der Gläubigeranspruch gemäss Art. 754, der von dem Anspruch der Gesellschaft unabhängig ist, hat seine alleinige Grundlage im Gesetz. Die bisherige Praxis hat auf ihn die Regeln über Ersatzansprüche aus Vertrag entsprechend angewandt. Dem ist schon aus praktischen Gründen wegen der Regelung der Beweislast zuzustimmen." BGE 49 II 245 61 II 228

(47) Weber 11 f.

nenrechts jedoch immer an den unmittelbar Geschädigten gedacht. Aussergewöhnlich ist daher jener Schadenersatz, der jemandem geschuldet wird, dessen Schaden daher rührt, dass er in einer gewissen, rechtserheblichen Beziehung zu einer Person steht, die ihrerseits zu Schaden gekommen ist. Eine solche Beziehung besteht zwischen den Aktionären und Gläubigern einer AG zur Gesellschaft, weshalb der Gesetzgeber in OR 755 bestimmt hat, dass sie berechtigt sind, für den Schaden Ersatz zu beanspruchen, den eigentlich die Gesellschaft durch pflichtwidrige Handlungen von Gründern, Geschäftsführern, Verwaltern, Kontrollorganen und Liquidatoren erlitten hat(48).

Ausgangspunkt dieser Sonderregelung bildet die kapitalistische Struktur der AG als Körperschaft. Die AG entsteht unter der Voraussetzung, dass eine Anzahl Personen das Kapital aufbringt, das ihr als faktische Grundlage zur Verfolgung ihrer Zwecke dient. Das von den Aktionären aufzubringende Grundkapital ist eine konstant bleibende rechnerische Grösse und stellt eine Sperrquote dar, in deren Höhe der AG stets ein Reinvermögen erhalten bleiben soll. Die Hauptfunktion des Grundkapitals ist die Sicherstellung der Haftungsbasis für die Gläubiger(49). Obwohl die Gesellschaft Alleineigentümerin über ihr Vermögen ist, sind weitere Kreise berechtigterweise daran interessiert, dass ihre finanziellen Verhältnisse nicht schrumpfen. Das Interesse der Aktionäre geht u.a. auf eine hohe Dividende und auf einen möglichst hohen Liquidationsüberschuss, und die Gläubiger wollen sich darauf verlassen können, dass wenigstens das Grundkapital zur Deckung ihrer Forderungen erhalten bleibt(50).

(48) Prot.Exp.Komm. 444 f.; Zum Begriff: Bürgi Art. 755 N 8
(49) Forstmoser/Meier-Hayoz, Grundriss, 180 ff.

2. Konsequenz

Aus der Struktur der AG hat der Gesetzgeber auf das Bedürfnis geschlossen, dass unter gewissen Umständen die Aktionäre und Gläubiger eines spezifischen Schutzes bedürfen, damit sich eine finanzielle Misere der Gesellschaft nicht zu ihrem Nachteil auswirkt. Dieser Schutz besteht in dem Recht, das den Aktionären gestattet, entgegen einem Mehrheitsbeschluss, eine Schadenersatzforderung durchzusetzen, bzw. in dem Recht, das den Gläubigern gestattet im Konkurs der AG die Schadenersatzleistung einzufordern. In diesem Sinn soll das schädigende Verhalten der in OR 753/54 bezeichneten verantwortlichen Personen, das ursächlich für eine Einbusse des Gesellschaftsvermögen ist und, infolge ihrer besonderen Rechtsbeziehung zur AG, auch die Aktionäre und Gläubiger reflexweise beeinträchtigt, Anlass sein, dass die Aktionäre und Gläubiger die eigentlichen Schädiger direkt zur Verantwortung ziehen dürfen. Die Gesellschaft selber ist in diesem Fall unmittelbar geschädigt und kann ihren Schaden selbstverständlich auch selber geltend machen. Die Aktionäre und Gläubiger sind mittelbar geschädigt und können kraft gesetzlicher Bestimmung neben der Gesellschaft die Verantwortlichen auf Ersatz des entstandenen Schadens verfolgen.

"Der Schaden wird deshalb als mittelbarer bezeichnet, weil er das Vermögen von Aktionären und Gläubigern nicht unmittelbar schädigt, wohl aber den Wert einer Beteiligung oder eines Guthabens gefährdet, Aktionäre und Gläubiger sind daher daran interessiert, dass ein verursachter Schaden

(50) Weitere interessierte Kreise, die uns de lege lata aber nicht berühren, sind ferner die Gesamtheit der Arbeitnehmer im Unternehmen der AG und allenfalls auch eine breitere Oeffentlichkeit, evt. der Staat, vgl. Ott, insbes. 289 ff.

der Gesellschaft ersetzt wird"(51). Demnach besteht der mittelbare Schaden im ganzen der Gesellschaft zugefügten Schaden, der mittelbar auch das Vermögen der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger bedroht und deshalb von diesen Aktionären und Gläubigern selbständig geltend gemacht werden darf(52).

B. Die gesetzliche Regelung der Geltendmachung des mittelbaren Schadens mit Bezug auf den Leistungsempfänger

1. Praktische Ausgestaltung des Grundsatzes

Werden die Verantwortlichen zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet, so - in der aufrechtstehenden Gesellschaft - immer unter Leistung an die AG(53). Gleichgültig ist dabei, ob der Ersatz von der unmittelbar geschädigten Gesellschaft oder von den zur Klage berechtigten mittelbar Geschädigten verlangt wird. Da der Schaden im Vermögen der AG entstanden ist und nur im Sinne eines Reflexes die finanzielle Situation von Aktionären und evt. Gläubigern berührt, entspricht diese Lösung den praktischen Bedürfnissen. Durch die Ersatzleistung wird der vermögensmässige Zustand der AG vor der Schädigung wieder hergestellt, und die Interessen aller Betroffenen werden damit gleichzeitig befriedigt. Sobald nämlich kein unmittelbarer Schaden mehr vorliegt, kann auch kein mittelbarer mehr aktuell sein. Der Schadenersatz erfolgt nach dem Prinzip: Indirekter Schaden wird indirekt ersetzt(54). Die Ersatzleistung an die Gesellschaft ist der einzige Modus, der verhindern kann, dass Vermögensteile, die der

(51) Bürgi Art. 753/54 N 53

(52) Bürgi Art. 753/54 N 59

(53) Art. 755 OR ; Bürgi Art. 755 N 11

(54) Meier-Wehrli 86 ; Wyler 42 ; Bürgi Art. 753/54 N 53 ; F.v.Steiger 275

Gesellschaft gehören, nicht zu Unrecht an die klagenden mittelbar Geschädigten ausbezahlt werden.

2. Rechtliche Begründung des Grundsatzes

Die h.L. begründet das Prinzip der Leistung an die Gesellschaft mit der Unteilbarkeit der Leistung im Sinne von OR 70 I. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass eine Anspruchsquote der einzelnen Aktionäre (und Gläubiger)(55) in den allermeisten Fällen praktisch nicht berechnet werden könne und ausserdem eine Auszahlung an einzelne Aktionäre (und Gläubiger) die Belange der Gesellschaft nicht berücksichtige und diese somit leicht zu einer Verletzung der Interessen der übrigen Aktionäre und Gläubiger führen würde(56).
Im Ergebnis ist dieser Auffassung zuzustimmen; die Erklärung, dass die Leistung unteilbar sei, bringt indessen die rechtliche Situation nur ungenügend zum Ausdruck.

Der Anspruch der Gesellschaft und der Anspruch der mittelbar Geschädigten lassen sich nicht auf dieselbe Ebene stellen. Der Anspruch der Gesellschaft ist ein echter, für sich bestehender Ersatzanspruch. Er ist geschuldet, wenn die Voraussetzungen: Vorliegen eines Schadens, Vertragsverletzung bzw. Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden gegeben sind. Die Ersatzleistung erfolgt zugunsten der geschädigten Vermögensmasse der klagenden Gesellschaft.
Der Anspruch der mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger ist insofern kein selbständiger Schadenersatzanspruch,

(55) Es ist indessen zu beachten, dass die Gläubiger laut OR 758 erst im Gesellschaftskonkurs klagen können

(56) Meier-Wehrli 87 ; A. Wieland in ZSR 41 n.F.(1922) 500 ; Fehr 152 ; Bürgi Art. 755 N 11: "Diese 1936 ins Gesetz aufgenommene Lösung verhindert, dass auf dem Umweg über Schadenersatzklagen unerlaubte Kapitalrückzahlungen an die Aktionäre stattfinden, die die Gläubiger gefährden."

als sein Bestand in der Hauptsache davon abhängt, dass der klagende Aktionär oder Gläubiger zur Zeit seiner Klageerhebung die Eigenschaft eines Aktionärs bzw. Gläubigers innehat. Nicht die blosse Tatsache der widerrechtlichen Schadenszufügung gestattet dem mittelbar Geschädigten gegen die Verantwortlichen vorzugehen, sondern die primäre Voraussetzung seiner Klageberechtigung ist das Vorliegen einer Forderung gegenüber der Gesellschaft, die infolge des Schadensereignisses möglicherweise nicht oder nur zum Teil erfüllt werden kann. Wie könnte man sich anders die Tatsache erklären, dass auch jene Gläubiger im Gesellschaftskonkurs einen eigenen Anspruch haben, die im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch nicht Gläubiger der AG waren, und dass anderseits jene Gläubiger, die im Zeitpunkt des Schadensereignisses ihre spezifische Rechtsbeziehung zur AG innehatten, von der AG aber befriedigt worden sind, den Schadenersatzanspruch im Gesellschaftskonkurs nicht mehr geltend machen können. Das Schadenersatzrecht des mittelbar geschädigten Gläubigers ist ein Recht, das im Gesellschaftskonkurs nicht kolloziert werden kann, da es sich nicht gegen die Gesellschaft richtet. Es hat insofern auch keinen eigenen Bestand, als es nur aus dem Recht auf Deckung der "Grundforderung" gegenüber der Gesellschaft fliesst; sein Bestand ist vom Bestand der "Grundforderung" abhängig.

Führt man die auf die Klage der mittelbar Geschädigten hin zu erfolgende Ersatzleistung an die Gesellschaft auf die Unteilbarkeit der Leistung zurück, so wird diese Erklärung dem vorliegenden Phänomen nicht gerecht. Das Verantwortlichkeitsrecht der mittelbar Geschädigten ist eben nicht ein autonomes Schadenersatzrecht, sondern es dient der rechtmässigen Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens, mit welchem die Forderungen der Einzelberechtigten zu erfüllen sind, und die Leistung kann daher notwendigerweise nur an die Gesellschaft erfolgen.

3. Konsequenzen aus dem Grundsatz

Aufgrund der Möglichkeit, dass nicht nur die unmittelbar geschädigte Gesellschaft Ersatz des Schadens beanspruchen kann, sondern dass dies mit gleichem Recht auch ein nur mittelbar geschädigter Aktionär tun kann, mag sich die folgende, eigenartige Situation einstellen: Die Gesellschaft verzichtet darauf, in einem konkreten Schadensfall von ihrem Ersatzrecht Gebrauch zu machen. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die Gesellschaft, d.h. die Mehrheit der Aktionäre, aus persönlichen Gründen das schädigende Fehlverhalten ihrer Organe zu übersehen bereit ist; dies wohlverstanden auf Kosten der Aktionärminderheit. Es steht nun jedem Minderheitsaktionär offen, die Schädiger entgegen dem Mehrheitswillen zur Verantwortung zu ziehen. Bei Gutheissung der Klage, bei Vergleich oder Anerkenntnis kommt der Gesellschaft in der Folge eine Leistung zu, die sie gar nicht beansprucht hat. "Scheint diese Ordnung den allgemeinen Grundsätzen des OR auch zu widersprechen, so entspringt sie eben dem besonderen Wesen des Aktienrechts, indem sie den legitimen Bedürfnissen nicht nur des Unternehmens, sondern auch der einzelnen Aktionäre und Gläubiger Rechnung trägt"(57).

C. Geltendmachung des mittelbaren Schadens mit Bezug auf die Gesellschaftssituation

1. Gesetzliche Einschränkungen

Die Klage der mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger, welche auf Leistung an die Gesellschaft geht, kann von ihnen nicht zu jedem Zeitpunkt erhoben werden. Die diesbezüglichen Einschränkungen finden sich in OR 756 und 758.

(57) Meier-Wehrli 88

Grundsätzlich gilt es zu unterscheiden, ob die Gesellschaft aufrecht steht oder ob sie im Konkurs ist.

2. Gesellschaft ausser Konkurs

Steht die Gesellschaft aufrecht, so sind neben der unmittelbar geschädigten Gesellschaft nur die Aktionäre berechtigt, eine Klage aus Verantwortlichkeit gegen die fehlbaren Personen anzustrengen.
Der gesetzliche Wortlaut hinsichtlich des Klagerechts der Gläubiger ist widersprüchlich: So billigt OR 755 den Gläubigern ein Klagerecht in der aufrechtstehenden Gesellschaft zu, und OR 758 entzieht es ihnen wieder. Der Widerspruch ist jedoch lediglich Ausfluss eines redaktionellen Versehens(58); der gesetzgeberische Wille steht trotzdem eindeutig fest. Der Gläubiger soll sich nicht ohne weiteres in die innergesellschaftlichen Vorgänge einmischen können. Seine Vertragspartnerin(59) ist die Gesellschaft, und schuldet diese ihm etwas, so soll er sich an sie wenden. Nur im Extremfall, da der Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen kann, soll er mittels der Ersatzklage gegen die verantwortlichen Personen vorgehen dürfen.

3. Gesellschaft im Konkurs

Fällt die Gesellschaft in Konkurs, so nimmt die Konkursverwaltung die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahr. Laut SchKG 240 hat sie alle zur Erhaltung und Verwertung

(58) Zur Entstehungsgeschichte des Widerspruches vgl. Meier-Wehrli 90 f.; ferner die ausführliche Darstellung bei Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 3. c aa, 39

(59) Häufiger ist eine vertragliche Bindung des Gläubigers zur Gesellschaft als eine ausservertragliche

der Masse notwendigen Geschäfte zu besorgen. "Sie hat insbesondere alles vorzukehren, was nach Lage der Umstände geboten ist, um den Wert der Massegegenstände zu erhalten"(60).

Sämtliche Vermögensteile des Gemeinschuldners gehen laut SchKG 197 zwecks gemeinschaftlicher Befriedigung der Gläubiger auf die Konkursmasse über. Hiezu gehören auch die Verantwortlichkeitsansprüche der AG(61). Bezüglich der Verantwortlichkeitsansprüche der einzelnen Aktionäre und Gläubiger bestimmt Art. 756 I OR, dass das Geltendmachungsrecht ebenfalls auf die Konkursverwaltung übergehe. Für den Fall, dass die Konkursverwaltung in Uebereinstimmung mit der Mehrheit der Gläubiger auf Geltendmachung verzichtet, sieht Absatz II von Art. 756 OR vor, dass sich jeder Aktionär und Gläubiger im Sinne von SchKG 260 den Anspruch abtreten lassen könne.

Voraussetzung dafür, dass ein Gläubiger seinen Verantwortlichkeitsanspruch selber geltend machen kann, ist:

1. der eröffnete Konkurs über die Gesellschaft
2. der Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung des Anspruchs zu ausschliesslichen Gunsten der Masse.

Die Geltendmachung des Anspruchs richtet sich nach den Vorschriften von Art. 260 SchKG.

(60) Fritzsche II 133

(61) Fehr 152

II. TEIL

Das Wesen des Anspruchs

§ 3 DIE ENTSTEHUNG DES ANSPRUCHS

I DIE ENTSTEHUNG DES GESELLSCHAFTSANSPRUCHS

Ein mittelbarer Schaden von Aktionären und Gläubigern kann nach Doktrin und Praxis nur dann vorliegen, wenn unmittelbar die Gesellschaft selber geschädigt worden ist(1).

A. Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs

Erwächst der Gesellschaft durch das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen ein Schaden, so entsteht ihr Anspruch auf Ersatz des Schadens im Zeitpunkt, da sie vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen (OR 760 I) Kenntnis erlangt hat.
Der Schaden, welcher der Gesellschaft erwächst, ist immer ein klassischer Schaden, und seine Ersetzung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des OR. Der Anspruch auf Schadenersatz setzt demnach voraus, dass überhaupt ein Schaden entstanden ist, dass er auf ein widerrechtliches Verhalten zurückzuführen ist, dass er in einem adäquat kausalen Verhältnis zum schädigenden Ereignis steht und dass er auf Verschulden beruht. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Anspruch entstanden, und die Gesellschaft ist berechtigt, gegen die Verantwortlichen vorzugehen, sie auf Ersatz des Schadens zu belangen.

B. Voraussetzungen

1. Schaden

Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist das Vorliegen eines Schadens. Wie wir in §2 festgestellt haben, löst die Existenz eines Schadens überhaupt erst die Diskussion

(1) Bürgi Art. 753/54 N 50

über den Schadenersatzanspruch aus. Der Schaden ist immer die Folge von verletzten Rechten, die - von Gesetzes wegen oder aus Vertrag - einem Rechtssubjekt zustehen, und man definiert den Schaden als eine Vermögensverminderung an wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Gütern, die ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgt ist(2).
Der Schadensnachweis ist gemäss OR 42 I grundsätzlich vom geschädigten Ansprecher zu erbringen; den beklagten verantwortlichen Personen steht es aber offen, den Gegenbeweis, dass der Kläger keinen Schaden erlitten hat, anzutreten(3). Die Ermittlung der Verluste kann allerdings grosse Schwierigkeiten bereiten. Daher ist der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden nach OR 42 II abzuschätzen. Das Bundesgericht wendet OR 42 II auch da an, wo eine Schädigung nicht nachweisbar ist, sich aber nach den Umständen "mit einer gewissen Ueberzeugungskraft" aufdrängt(4).
Jedes rechtswidrige Verhalten der verantwortlichen Personen, das keinen Schaden verursacht, begründet nie einen Verantwortlichkeitsanspruch(5).

2. Widerrechtlichkeit

Die herrschende Lehre und mit ihr das Bundesgericht gehen von der objektiven Widerrechtlichkeit aus(6). Innerhalb des Schadenersatzrechts versteht man unter der

(2) Oben (§2/I/A, S.21)

(3) BGE 49 II 81 f.

(4) Pra 61 Nr. 71 ; vgl. auch §9 FN 83/84 ; Jäggi in SJZ 48(1952) 303 Ziff.2 lit.a ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, IV 2., 41 f.

(5) Biggel 105 ; Frick 97 ; Henggeler 37 ; Meier-Wehrli 78

(6) Bürgi Art. 752 N 8

objektiven Widerrechtlichkeit einen Verstoss gegen Rechtsnormen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen(7). Es muss also immer ein rechtlich geschütztes Interesse eines Dritten verletzt worden sein oder ein Verstoss gegen eine objektive Rechtsnorm vorliegen, damit eine Schädigung als widerrechtlich gilt. Innerhalb des Verantwortlichkeitsrechts sind die Art. 753 und 754 OR anspruchsbegründende Normen für erfolgte Schädigungen des Gesellschaftskapitals. Die dort bezeichneten Personen haften sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gläubigern für allen Schaden, den sie durch schuldhafte Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursacht haben. Da eine Handlung oder Unterlassung nur dann widerrechtlich ist, wenn sie einen Verstoss gegen eine Rechtspflicht darstellt, ist in jedem konkreten Fall vorab zu prüfen, ob überhaupt eine Rechtspflicht vorgelegen habe, die vernachlässigt worden ist(8).

Mit Bezug auf die Haftungsfälle aus OR 753 gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass die Klage der Gesellschaft - aber auch die von Aktionären und Gläubigern aus unmittelbarem Schaden - den Beweisregeln von OR 41 gehorche. Demnach obliegt es immer dem Kläger, das Verschulden der zur Verantwortung gezogenen Person zu beweisen(9).
Was den Art. 754 OR betrifft, so wird in einem grossen Teil der Literatur davon ausgegangen, dass sich die

(7) Oftinger I, 111

(8) Meier-Wehrli 33 ff.; Hirsch in Semjud. 89(1967) 258 ff. Bürgi Art. 753/54 N 79 ff.

(9) Vgl. aber die Betrachtungen in (§2/III/D/2/c/aa, S.30)

Klage der Gesellschaft nach dem Vertrag bestimme, der zwischen ihr und den Organen besteht(10). Konsequenterweise hat der Kläger dann anstelle der Widerrechtlichkeit das Bestehen eines Vertrages und die Verletzung von vertraglichen Pflichten darzutun. Immer mehr Meinungen gehen indessen davon aus, dass nicht durch die vertragliche Bestellung der Organe der Inhalt der Pflichten festgelegt werde, sondern, dass sich dieser aus der Funktion des Organs von Gesetzes wegen ergebe(11). Im Rahmen dieser Arbeit können wir nicht weiter auf diese Problematik eintreten. Mit der in §2 zu findenden Begründung wollen wir uns im Grundsatz der zweiten Auffassung anschliessen(12).
Was die Klage der Aktionäre und Gläubiger aus mittelbarem Schaden betrifft, bestimmen sich die Klagemodalitäten nach den für die Gesellschaft geltenden Vorschriften(13).

3. Kausalzusammenhang

a) Allgemeines

Die Verantwortlichen können nur für den Schaden belangt werden, für welchen die Widerrechtlichkeit bzw. die Vertragsverletzung kausal ist(14). Rechtlich relevant ist nur eine adäquate Verursachung. So gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung "ein Ereignis als

(10) Fehr 148 ; Funk Art. 754 N 1 ; Meier-Wehrli 71 FN 24 ; Bericht I 86 ; Bericht II 85

(11) Wilhelm 125 ; Schluep 90 FN 34 ; Siegwart NZZ ; Zumstein 55 ff.; W.v.Steiger in ZBJV 91 bis(1955) 352-54

(12) Oben (§2/III/D/3/a/bb, S.33 und 4/b/bb, S.36)

(13) Vorne (§5/I/B/2/b/cc, S.109 ff und §5/II/C/2, S.130) ; aA. Meier-Wehrli 72 ff.

(14) BGE 86 II 186 ff.; der Kausalzusammenhang wurde verneint in BGE 49 II 247 E. 4 ; BlZR 8(1909) 345 Nr. 193 E.2 ; ferner Forstmoser, Verantwortlichkeit, VI a, 43

adäquate Ursache eines Erfolges, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt durch jenes Ereignis allgemein begünstigt erscheint"(14a).
Da der Kläger praktisch nie in der Lage ist, einen lückenlosen Kausalzusammenhang zu beweisen, darf der Richter dies von ihm auch nicht fordern, sondern "er hat sich mit jener Gewissheit zufrieden zu geben, welche ihm die Erfahrung des Lebens verleiht und welche mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnet"(15).

b) Mehrere Ersatzpflichtige

Mehrere Verantwortliche haften laut OR 759 I solidarisch. Darunter versteht man, dass der Geschädigte den ganzen Schaden bei jedem der Solidarschuldner geltend machen kann, ohne dass ein einziger von ihnen sich auf das konkurrierende Drittverschulden berufen könnte(16).
Dieser Grundsatz erfährt dann eine Durchbrechung, wenn der vom Dritten zu verantwortende Haftungsgrund den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Belangten und dem Schaden unterbricht, im Falle also, da das Drittverschulden einen Entlastungsgrund darstellt(17).
Wenn infolge des Drittverschuldens das Verschulden des Haftpflichtigen leichter erscheint, so bewirkt dies ausnahmsweise eine Reduktion des Schadenersatzes(18). Diese

(14a) BGE 99 II 29, 99 II 182 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, VI, 43 f.

(15) BGE 47 II 293, 59 II 451, 76 II 319

(16) BGE 90 II 493

(17) Oftinger I 146 ; BGE 93 II 322

(18) Oftinger I 146, 250 ; BGE 41 II 228, 54 II 368, 60 II 150, 89 II 123, 93 II 322, 97 II 416

Reduktion drängt sich schon im Sinne von Art. 43 I OR auf, d.h. gemäss dem Prinzip der Proportionalität zwischen Grösse des Verschuldens und Höhe des Schadenersatzes(19). In diesem Fall besteht dann für den Haftpflichtigen und mit ihm Solidarität nur in der Höhe des von ihm persönlich geschuldeten Betrags(20). Die Aufteilung der Zahlungspflicht unter die verschiedenen Schuldner berührt den Geschädigten nicht; sie ist Gegenstand der internen Auseinandersetzung, des sogenannten Regresses(21).

aa) Kontroverse

Von einer älteren Lehre, die das Bundesgericht auch heute noch teilweise bestätigt, wird die Solidarität so ausgelegt, dass dem Geschädigten gegenüber keine individuellen Herabsetzungsgründe (insbesondere OR 43 I, weniger häufig OR 44 II) entgegengehalten werden können. So schreibt Oftinger(22): "Jeder muss für den ganzen Schaden einstehen, ohne sich darauf berufen zu können, dass er nur für eine Teilursache verantwortlich sei. Dies lässt sich...nicht logisch begründen und fliesst auch nicht aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung; denn das Kausalitätsprinzip würde gegenteils verlangen, dass jeder nur für den Teil haftet, den er verursacht hat oder für dessen Verursacher er einstehen muss."(23).

Anderseits wird in der neueren Literatur(24) zu Recht darauf hingewiesen, dass zwischen Schuld und Schadenersatz

(19) Oftinger I 250 f.; Hirsch in Semjud. 89(1967) 264 ; Becker Art. 44 OR N 11 ; Bürgi, Festgabe, 29 ff.

(20) Oftinger I 303

(21) BGE 93 II 333, 97 II 415 f.

(22) Oftinger I 295 f.

(23) BGE 93 II 322, 97 II 415, aber 416: "Das Verhalten des einen Verantwortlichen entlastet den andern dem Geschädigten gegenüber nur,...wenn und soweit es das Verschulden des andern mildert." Dazu Bürgi Art. 759 N 13

in jedem Fall ein gewisser "Rapport" bestehen müsse, da dieses Prinzip der Billigkeit entspreche, die auch im Schadenersatzrecht nicht duldet, dass schwere und leichte Vergehen eine gleiche rechtliche Sanktion nach sich ziehen(25). Diese Ueberlegungen treffen freilich nicht auf den Fall zu, da mehrere Schädiger bewusst zusammengewirkt haben. Hier rechtfertigt sich die Berufung auf ein geringeres Verschulden nie(26).

bb) Angestrebte Lösung

Es ist keineswegs so, dass der Begriff der Solidarität die Möglichkeit ausschlösse, dass jeder der solidarisch Haftenden seine persönlichen Herabsetzungsgründe geltend macht. Solidarität bedeutet im wesentlichen nur, dass dem Geschädigten mehrere Personen gegenüberstehen, die gemeinsam, aufgrund ihrer Verantwortlichkeit und im Ausmass ihrer Verantwortlichkeit für den eingetretenen Schaden aufkommen müssen. Inwiefern die Solidarität besteht, ist mit dem Begriff der Solidarität noch nicht festgelegt(26a).
Die gesetzliche Regressvorschrift erst präzisiert die Form der Solidarität. Durch den Erlass der Regressvorschriften hat der Gesetzgeber bestimmt, dass im Rahmen einer solidarischen Haftung das individuelle Verschulden

(24) Henggeler 58 f.; Becker Art.43 OR N 8 ; Bürgi, Festgabe, 29 ff., Bürgi Art. 753/54 N 88 ; Guhl, Untersuchungen, 43 f.; Hirsch in Semjud. 89(1967) 267 f.; Reichwein in SJZ 64(1968) 129 ff.; Hirsch, Treuhänder, Besprechung der Entscheide des Bundesgerichts vom 31.1.45 (JT 1945,244), 31.5.60 (JT 1961,38/BGE 86 II 171), 24.1.67 (JT 1968,168/BGE 93 II 22), 11.11.75 (abgedruckt im Treuhänder 1/1976), zu diesem Entscheid ferner der Aufsatz von Ch.v.Greyerz, 14 ff.

(25) Bürgi, Festgabe, 30 ; Becker Art.44 OR N 11 ; Bär in ZBJV 106(1970) 465 ff.

(26) Bär in ZBJV 106(1970) 471

(26a) Vgl. dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit, IX 1. d, 53

grundsätzlich in der internen Auseinandersetzung der verschiedenen Haftpflichtigen zu berücksichtigen sei (OR 50 II, 51 I, 759 II), dass man also zu unterscheiden habe zwischen einem Aussenverhältnis und einem Innenverhältnis. Dieser Unterscheidung liegt die Idee zugrunde, dass der Geschädigte nur im Aussenverhältnis mit den Verantwortlichen in Berührung kommt. Daher soll grundsätzlich jeder einzelne Ersatzpflichtige im Umfang des bemessenen Schadenersatzes vom Geschädigten ins Recht gefasst werden können. Die nachfolgende interne Auseinandersetzung, die den Geschädigten nicht berührt, dient sodann der Aufteilung der Zahlungspflicht unter Berücksichtigung der Umstände, die jeder persönlich zu vertreten hat.

Es ist daher weitgehend von der Interpretation der Regressvorschrift abhängig, ob die Solidarität und die individuellen Herabsetzungsgründe in vernünftiger Weise zusammen wirksam werden können: nämlich so, dass weder das Prinzip der Billigkeit auf seiten der Ersatzpflichtigen verletzt wird, noch dass die vom Gesetzgeber angestrebte Besserstellung des Geschädigten grundsätzlich preisgegeben wird.
Es geht freilich nicht an, dass das geringe Verschulden eines einzelnen Ersatzpflichtigen die Schadenersatzbemessung beeinflusst und der zu ersetzende Schaden eine Reduktion erfährt. Der Geschädigte hat Anspruch darauf, dass ihm der Schaden ersetzt wird, der dem grössten zu vertretenden Verschulden entspricht. Oftinger(27) schlägt daher vor, dass im Falle, da der von einem einzelnen der Ersatzpflichtigen geforderte Betrag eine nur ihn betref-

(27) Oftinger I 303 ; Bürgi Art. 759 N 15, 18 ; BGE 100 II 338 und Bemerkungen zu diesem Entscheid bei Bürgi Art. 759 N 17

fende Reduktion erfährt, für ihn und mit ihm Solidarität nur in der Höhe des von ihm persönlich geschuldeten Betrages besteht. Daraus ist zu folgern, dass der diesen Betrag übersteigende, weiterhin geschuldete Schadenersatz von den verbleibenden Verantwortlichen wiederum solidarisch zu tragen sei.
Mit dieser Lösung können einerseits Herabsetzungsgründe schon im Aussenverhältnis berücksichtigt werden(28), und anderseits ist der verbleibende Schaden in vollem Umfang solidarisch von denjenigen Ersatzpflichtigen zu tragen, die keine individuellen Herabsetzungsgründe geltend machen können. Die definitive Aufteilung der Zahlungspflicht erfolgt zum Schluss auf dem Regressweg(29).

4. Verschulden

Ausser im Falle von OR 753 Ziff.3 haften die Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern für jedes Verschulden. Mit der Revision des aOR von 1936 ist das anspruchsbegründende Verschulden der Verantwortlichen auch für die Klagen von Aktionären und Gläubigern in zweckmässiger Weise auf blosse Fahrlässigkeit ausgedehnt worden, denn nicht nur sind beabsichtigte Schädigungen eher selten, sondern das Klagerecht der Einzelberechtigten entbehrte insbesondere jedes praktischen Nutzens, da der Beweis der absichtlichen Schädigung kaum zu erbringen war(30).

(28) Vgl. insbes. Bürgi, Festgabe, 37 ff. und die dort zitierten Autoren, ferner Hirsch in Semjud. 89(1967) 267 und Reichwein in SJZ 64 (1968) 130 f.

(29) Vgl. die interessante Lösung Reichweins, aaO, der den Ausgleich zwischen OR 43 I und 759 darin sieht, dass nach Berechnung des vollen Schadens der Schadenersatz nach dem Verschulden und den Umständen desjenigen eingeklagten Verantwortlichen bemessen wird, der am meisten belastet ist.

(30) Prot.Exp.Komm. 449

Die Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt ist eine verschuldete Schadensverursachung. Die Beurteilung des Verschuldens und mithin der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach objektiven Kriterien (30a). Ein Verschulden wird nur angenommen, wenn in einem konkreten Fall nicht die Sorgfalt angewendet worden ist, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises unter den gleichen Umständen anwenden würde(31). Die Objektivierung des Verschuldens ermöglicht die Voraussehbarkeit einer Schädigung(32). Die Tatsache, dass der betreffende Verantwortliche den Schaden selber nicht vorausgesehen hat, wirkt daher nicht entlastend. Genau so wenig kann sich ein Beklagter exkulpieren, indem er sich auf seine Unerfahrenheit oder Geschäftsuntüchtigkeit beruft(33).
Den Umfang der Pflichten richtig einzuschätzen dürfte oft schwerfallen. Vor allem ist nie ausser acht zu lassen, dass eine gewisse Risikofreudigkeit Voraussetzung jeder geschäftlichen Tätigkeit ist. Hält man sich aber an das Kriterium, dass die Herbeiführung eines Schadens voraussehbar gewesen sein muss, wird weitgehend die Gefahr gebannt, dass zurückliegende Handlungen zu Unrecht nach dem Stand der Kenntnisse zur Zeit der Beurteilung erfasst werden(34).

(30a) Forstmoser, Verantwortlichkeit, VII 2., 45 ff.

(31) Meier-Wehrli 80 FN 26 ; Frick 40 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, VII 2.b bb, 46

(32) Oftinger I 129

(33) Funk Art. 754 N 5 ; Hirsch, Diss. 194 N 231

(34) Bär in ZBJV 106(1970) 462

C. Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung der Gesellschaft

1. Zur Maxime "volenti non fit iniuria"

a) Einwilligung im Rahmen der Verfügungsmacht

Ein Eingriff in den Rechtskreis des Geschädigten ist dann nicht widerrechtlich, wenn der Geschädigte den Eingriff gestattet. "Die Willensmacht des Rechtssubjektes wird von der Rechtsordnung grundsätzlich nur so weit geschützt, als es seinem Willen entspricht"(35). Die Einwilligung des Geschädigten bewirkt demnach die Rechtsmässigkeit einer Tathandlung(36). In mehreren Fällen hat das Bundesgericht entschieden, dass - in Anwendung von Art. 44 I OR - der Gesellschaft kein Verantwortlichkeitsanspruch entsteht, nachdem sie in die unerlaubte Handlung eingewilligt hat(37). In einem konkreten Fall steht daher der Gesellschaft ein Anspruch aus OR 753/54 nicht zu, wenn die Generalversammlung oder Gründerversammlung in Kenntnis der Verhältnisse der widerrechtlichen Handlung der Verantwortlichen zugestimmt hat und nach Gesetz und Statuten zustimmen durfte(38).

b) Einwilligung ausserhalb der Verfügungsmacht

Nicht jede Einwilligung vermag indessen die Rechtswidrigkeit auszuschliessen. Als rechtsgeschäftliche Handlung beseitigt die Einwilligung die Widerrechtlichkeit einer Tat nur, wenn der Einwilligende befugt war, über das Recht

(35) v.Tuhr II/2 476

(36) v.Tuhr aaO.

(37) BGE 83 II 56, 83 II 65, 86 III 159, 90 II 496, unveröffentl. Urteil vom 22.Juli 1958 i.S. Fischbach gegen Veith und Kons.; Hirsch in Semjud.89(1967) 265

zu disponieren. Zur Klärung dieser Frage ist OR 20 heranzuziehen(38).
Um entscheiden zu können, welche Einwilligung der Gesellschaft noch rechtswirksam ist und sich daher eignet, die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Handlung auszuschliessen, muss die Frage nach der Grenze der Verfügungsmacht geklärt werden. Jede Einwilligung, die gesetzes- und statutenkonform ist, ist ohne Zweifel rechtswirksam. Wie verhält es sich aber, wenn die Gesellschaft einer Handlung zustimmt, die dem Gesetz oder den Statuten widerspricht? Nichtige und anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse sind immer gesetzes- oder statutenwidrig. Es fragt sich, ob solche Beschlüsse einen Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft zulassen oder ausschliessen.

Nach der allgemeinen Rechtsauffassung ist ein Ersatzanspruch nur dann grundsätzlich ausgeschlossen, wenn das Selbstverschulden des Geschädigten eine solche Intensität erreicht, dass es die ursprüngliche Kausalkette unterbricht(39). Nach Bürgi(40) trifft dies aber bei der Einwilligung durch die Generalversammlung nicht zu: "Die mit aller Sorgfalt handelnde Geschäftsführung oder Verwaltung darf einen gesetzeswidrigen Generalversammlungsbeschluss nicht durchführen. Wenn die Verantwortlichen es unterlassen, einen Beschluss vor der Ausführung auf seine

(38) Becker Art.41 OR N 47 ; Bürgi Art. 753/54 N 85 ; v.Tuhr II/2 468 f.: "Sie (die Einwilligung) erfordert ferner, da sie zu einer Minderung oder Vernichtung der Sache und damit des Rechts führen kann, m.E. Verfügungsmacht."

(39) Oftinger I 137 ff.; Engel 344

(40) Bürgi Art.753/54 N 98 ; Hirsch in Semjud.89(1967) 265 ; Meier-Wehrli 138 f.; Frick 70

Gesetzmässigkeit zu überprüfen, verstossen sie gegen ihre Sorgfaltspflicht und begehen eine erste widerrechtliche Handlung; falls sie den widerrechtlichen Beschluss nachher auch noch ausführen, lassen sie sich eine zweite widerrechtliche Handlung zuschulden kommen."

2. Nichtige und anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse im Lichte des Widerrechtlichkeitsausschlusses

a) Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

Die gesetzliche Grundlage des Anfechtungsrechts von Generalversammlungsbeschlüssen findet sich in Art. 706 OR. Der Inhalt der Anfechtungsklage lautet auf Ungültigkeit ex tunc eines an sich gültigen Beschlusses, und die Anfechtungsgründe sind Gesetzes- oder Statutenverletzungen. Obwohl das Gesetz die Nichtigkeitsklage nirgends ausdrücklich nennt, ist davon auszugehen, dass ein GV-Beschluss nichtig ist, der unter Verletzung von qualifizierten, besonders wichtigen Formvorschriften ergangen ist oder der gegen zwingende Normen verstösst, die entweder im Interesse der Oeffentlichkeit aufgestellt worden sind oder entscheidende Strukturelemente der AG sicherstellen sollen(41).

b) Nichtiger Generalversammlungsbeschluss

Die Nichtigkeit kann nur ausgesprochen werden, wenn objektives Recht verletzt worden ist. Eine blosse Statutenverletzung genügt daher nie. Ein Generalversammlungs-

(41) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 164 N 17 ; Bürgi Art. 706 N 8 ff.

beschluss kann in formeller oder materieller Hinsicht nichtig sein. Zu den formellen Nichtigkeitsgründen gehören etwa Formfehler(42), Verletzungen von Quorumsvorschriften(43) und Kompetenzüberschreitungen(44). Materiell nichtig sind dagegen Beschlüsse, die mit dem Wesen der AG unvereinbar sind(45) oder die gegen öffentliche Interessen verstossen(46).
Wer ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit hat, ist jederzeit aktivlegitimiert. Im Rahmen von ZGB 2 besteht weder in personeller noch in zeitlicher Hinsicht eine Schranke zur Geltendmachung. Ein nichtiger GV-Beschluss gilt als nie zustande gekommen; weshalb die Gesellschaft von den verantwortlichen Personen auch dann Ersatz des Schadens beanspruchen kann, wenn sie sich mit ihren widerrechtlichen Handlungen einverstanden erklärt hat. Eine solche Einwilligung überschreitet die Beschlussfassungskompetenz der Generalversammlung und ist rechtlich irrelevant(47a).

c) Anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss

Ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss ist solange gültig, als er nicht angefochten worden ist; seine Gültigkeit hat demnach resolutiven Charakter.

(42) ZBJV 72(1936) 502 ff.

(43) Es ist umstritten, ob diese Verletzungen die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit zur Folge haben. Für Nichtigkeit: BGE 78 III 33 ff., für Anfechtbarkeit: BGE 80 II 278

(44) Schluep 279 ; Meier-Wehrli 139 FN 9 ; BGE 71 I 387 ff. 86 II 95 ff.; SJZ 57(1961) 124 ff.

(45) Z.B. die gänzliche Beseitigung eines Organs der AG

(46) Gegen das öffentliche Interesse verstossen jene Beschlüsse, welche zwingendes Recht verletzen, das nicht dem ausschliesslichen Schutz der Aktionäre dient.

(47) Bürgi Art. 753/54 N 97

(47a) Nach Forstmoser, Verantwortlichkeit, II l.c, 35, kann

Anfechtbar ist ein GV-Beschluss, der in formeller oder materieller Hinsicht das Gesetz oder die Statuten verletzt. Ein Verstoss gegen das Gesetz liegt nicht nur dann vor, wenn eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift verletzt worden ist, sondern auch immer dann, wenn ungeschriebenes Recht verletzt wird. Besondere Bedeutung findet hierbei das Anfechtungsrecht wegen Verletzung des ungeschriebenen Prinzips der Gleichbehandlung der Aktionäre(48).
Das Gesetz oder die Statuten werden in formeller Hinsicht verletzt, wenn Vorschriften über die Einberufung der GV nicht eingehalten werden (OR 700 I), wenn die Traktanden nicht rechtzeitig bekannt gegeben werden(49) oder etwa bei Nichteinhalten der Quorumsvorschriften(50). Eine Anfechtung aus materiellen Gründen ist immer gegeben bei Verletzungen von wohlerworbenen Rechten(51).

Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Gesellschaft. Zur Klage aktivlegitimiert ist laut OR 706 I die Verwaltung als Organ(52) und jeder Aktionär, der dem anzufechtenden Beschluss nicht zugestimmt hat(53), noch diesen sonstwie durch konkludentes Verhalten gebilligt und der überdies ein persönliches Interesse an der An-

dann aber das Verhalten der Gesellschaft als ein die Ersatzpflicht herabminderndes Selbstverschulden gewertet werden.

(48) BGE 69 II 248 ff., 91 II 298 ff., 95 II 162; Pra 1973 Nr.79 Erw.2, wobei sich aber das Bundesgericht in diesem Entscheid in stossender Weise über den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung (ZGB 737 II) hinwegsetzt.

(49) Nach BGE 50 II 496 ist ein stillschweigender Verzicht indessen möglich.

(50) Oben FN 43 ; BGE 86 II 167

(51) BGE 72 II 293 ff., 91 II 298 ff.

(52) BGE 75 II 153 f.; Schucany Art. 706 N 1 ; Funk Art. 706 N 1 ; Meier-Wehrli 139 FN 15

(53) BGE 45 II 41

fechtung des Beschlusses hat(54). Gemäss OR 706 IV ist die Anfechtungsklage innerhalb zweier Monate seit Abhaltung der Generalversammlung anzuheben und zwar - vorbehältlich abweichender Abmachungen - am statutarischen Sitz der AG. Der Streitwert richtet sich nach dem Interesse, das die AG am Prozessausgang hat(55).

3. Ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss und die Maxime "volenti non fit iniuria"

Es ist davon auszugehen, dass ein anfechtbarer GV-Beschluss solange gültig ist, als er nicht erfolgreich angefochten worden ist. Mithin liegt auch jede Einwilligung der Gesellschaft in eine schädigende Handlung, die nicht ex tunc nichtig ist, innerhalb der Verfügungsmacht der Gesellschaft und ist solange rechtswirksam, als eine Anfechtung nicht erfolgt ist. Erwächst aber der Gesellschaft infolge der gebilligten, widerrechtlichen Handlung ein Schaden, so kann ihr ein Verantwortlichkeitsanspruch nicht zustehen. Als Wollen und Wissen beseitigt die rechtmässige, weil nicht angefochtene Einwilligung die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung(56). Selbst wenn die Verwaltung bei pflichtgemässer Sorgfalt einen anfechtbaren Generalversammlungsbeschluss nicht durchführen dürfte, hat sie in-

(54) BGE 86 II 167 f.

(55) BGE 66 II 48 ; vgl. aber die Mitteilung zum Vorentwurf für die Teilrevision des Aktienrechts in SJZ 71(1975) 304: In bezug auf das Anfechtungsrecht soll der Richter die Möglichkeit haben, selbst bei Abweisung der Klage die Gerichtskosten teilweise der Gesellschaft aufzuerlegen und die Parteientschädigung herabzusetzen, sofern sich der Kläger in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah ; § 64 III ZPO

(56) Forstmoser, Verantwortlichkeit, II l.c, 35 ; Hirsch in Semjud. 89(1967) 265 ; F.v. Steiger, Recht der AG, 275 FN 335 ; Meier-Wehrli 140 ; BGE 83 II 56, 83 II 65, 86 III 159, 90 II 496 ; aA Bürgi Art. 753/54 N 85, 98. Bürgi scheint davon auszugehen, dass ein anfechtbarer GV-Beschluss überhaupt nicht bestehen dürfe.

dessen doch nur den Weisungen gemäss gehandelt. Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet es, dass sich die Gesellschaft anschliessend auf den Standpunkt stellen kann, die Verwaltung sei ersatzpflichtig, weil sie es unterlassen hat, den der schädigenden Handlung zugrunde liegenden Beschluss anzufechten(57).

Ein gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschluss schliesst einen Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft immer aus, sofern der Beschluss nicht nichtig ist, sondern nur hätte angefochten werden können.

II DER ANSPRUCH DER AKTIONAERE UND GLAEUBIGER AUF ERSATZ DES MITTELBAREN SCHADENS

Dem Wort "Anspruch" liegt der Vorgang des Beanspruchens, des Geltendmachens eines behaupteten Rechts, insbesondere des Erhebens einer Klage zugrunde. Nach dem Sprachgebrauch versteht man unter "Anspruch" ein zu Recht beanspruchen, ein Beanspruchen dürfen. Der Anspruch wird dadurch zum berechtigten Anspruch, zum Rechtsanspruch(58). Somit ist der Anspruch das Recht, die Leistung zu verlangen, die vom Schuldner zu erbringen ist(59).
Ist aber der Anspruch das Recht, die Leistung zu verlangen, so besteht auch der Anspruch erst dann, wenn die Leistung verlangt werden darf, und bevor die Leistung verlangt werden darf, kann kein Anspruch bestehen.

(57) Mit Meier-Wehrli 139 FN 14 nehmen wir an, dass eine Pflicht der Verwaltung i.e.S. zur Anfechtung nicht besteht.

(58) Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1 OR N 85

(59) v.Tuhr/Peter I/1, 15

In diesem Sinn entsteht der Anspruch der Aktionäre und Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens zu dem Zeitpunkt, in welchem das Gesetz diese Einzelberechtigten ermächtigt, die Leistung vom Ersatzpflichtigen zu verlangen. Bevor die Leistung verlangt werden darf, kann der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens nicht entstanden sein.

III DIE ENTSTEHUNG DES AKTIONAERANSPRUCHS

A. Voraussetzungen

1. Gesellschaftsschaden

Erste Voraussetzung dazu, dass ein Aktionär die verantwortlichen Personen auf Ersatz des mittelbaren Schadens belangen kann, ist das Vorliegen von Substanzverlusten im Gesellschaftsvermögen, m.a.W. das Vorliegen eines Gesellschaftsschadens. Der mittelbare Schaden des Aktionärs ist ein Reflex des unmittelbaren Schadens der Gesellschaft. Daher liegt begriffsnotwendig ein mittelbarer Schaden des Aktionärs nur dann vor, wenn ein unmittelbarer Schaden im Vermögen der Gesellschaft zu verzeichnen ist(60). Erlangt die Gesellschaft Ersatz des ihr entstandenen Schadens, so ist damit der Schadenersatzanspruch nicht nur der Gesellschaft, sondern auch jener der Aktionäre (und Gläubiger) untergegangen.

Die Gesellschaft kann freilich - wie jeder andere Geschädigte - nur dann Schadenersatz beanspruchen, wenn die Voraussetzungen: Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden vorliegen. Weist in einem konkreten Fall das Gesellschaftsvermögen eine wertmässige Differenz auf, die auf das schädigende Verhalten der verantwortlichen

(60) Oben (§2/IV/A, S.37 ff.)

Personen zurückzuführen ist, so ist die Gesellschaft nicht anspruchsberechtigt, wenn sie dem schädigenden Verhalten zugestimmt hat. Ihre Einwilligung entzieht der schädigenden Handlung das Moment der Widerrechtlichkeit.
Auf die Stellung der mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger, die dem schädigenden Verhalten nicht beigepflichtet haben, hat die Einwilligung der Gesellschaft aber keine Auswirkung. Um den Bestand des Anspruchs dieser mittelbar Geschädigten zu bejahen, bedarf es indessen keines besonderen Schadensbegriffs, wie ihn Jäggi(61) eigens für den Fall geprägt hat, da der Gesellschaft aufgrund ihres Wissens und Wollens weder Schaden noch Ersatzanspruch entsteht: Die Einwilligung der Gesellschaft schliesst eben nur für ihren Teil Schaden und Schadenersatz aus, denn die Besonderheit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegt in der Tatsache, dass durch ein einziges schädigendes Ereignis das rechtlich geschützte Interesse von verschiedenen Personen beeinträchtigt wird. Schaden und Schadenersatz liegen daher nur dann nicht vor, wenn alle drei, vom Gesetz geschützten Personenkreise den Schaden gebilligt haben(62).

Es ist vorwegzunehmen, dass der Aktionäranspruch deshalb nicht unter der Voraussetzung entsteht, dass auch der Gesellschaft ein Anspruch erwachsen ist; das ist zwar der sogenannte "Normalfall" aber kein Wesensmerkmal. Der Aktionäranspruch setzt in dieser Hinsicht ein-

(61) Jäggi in SJZ 48(1952) 304

(62) Vorne (§4/II/B/3, S.80 ff.) ; Die grundsätzliche Unterscheidung der verschiedenen Ansprüche basiert daher auch nicht nur auf einer "scholastischen Distinktion", so Nobel 194

zig das tatsächliche Vorliegen von Substanzverlusten im Gesellschaftsvermögen voraus(63).

2. Aktionäreigenschaft

Haben wir als erste Voraussetzung des Aktionäranspruchs den Gesellschaftsschaden genannt, so müssen wir jetzt auf die weitere Voraussetzung - die Aktionäreigenschaft - eintreten.
Neben der Gesellschaft selbst sind nämlich jene Kreise an der Ersetzung des Gesellschaftsschadens interessiert, die in einem gesetzlich festgelegten Naheverhältnis zur Gesellschaft stehen. Unser Recht berücksichtigt hierbei die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger(64).
Die Eigenschaft als Aktionär stellt daher eine vom Gesetzgeber geforderte Voraussetzung dar, damit eine Person zum Zwecke der Ersetzung des Gesellschaftsschadens selbständig klagen kann. Ein Aktionär kann also nur dann die Verantwortlichen auf Ersatz des Schadens belangen, wenn er zur Zeit der Klage noch Aktionär ist(65). Mit dem Verkauf seiner Aktien verliert der Aktionär nicht nur seine Beteiligung, sondern ebenso das Interesse am Schaden-

(63) Vorne (§4/II/B/3/b, S. 80 ff.)

(64) Interessiert, aber vom Gesetz nicht berücksichtigt, ist freilich auch die Belegschaft eines Unternehmens, denn die Erhaltung der Vermögenssubstanz trägt massgeblich zur Erhaltung der Arbeitsplätze mit bei.

(65) Biggel 91 ; Bürgi Art. 753/54 N 103 ; Hotz 204 N 122 ; Meier-Wehrli 55 ; Bez.Gr. Horgen, Ziv.Proz. Nr. 125 Urteil vom 20.11.1959, S. 10 Ziff.4 ; ZBJV 70(1934) 397 ff.; BGE 59 II 442, unveröff. BGE vom 27.6.1933 zit. in SAG 6(1933/34) 15 f.; Unrichtig ist die Ansicht Graners 117, dass die Aktionäreigenschaft schon zum Zeitpunkt der Schädigung vorliegen müsse. Das Ge-

ersatz(66). Daher geht die Aktivlegitimation bei vinkulierten Namenaktien auch dann auf den Erwerber über, wenn dieser nicht im Aktienbuch eingetragen ist(67).
Das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens dient dem Schutz der Minderheiten und gehört zu den Vermögensrechten eines Aktionärs.

3. Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen

Der Aktionäranspruch entsteht unter der Voraussetzung, dass ein Schaden im Gesellschaftsvernögen vorliegt und dass der Aktionär zur Zeit der Klage auch wirklich Aktionär ist. Um aber ein behauptetes Recht geltend machen zu können, bedarf es ferner der Kenntnis über das eventuell bestehende Recht.
Sind Gesellschaftsschaden und Aktionäreigenschaft objektive Voraussetzungen zur Klageerhebung, so ist die Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen eine subjektive Voraussetzung. Im Sinne der relativen Verjährungsfrist (OR 760 I) kann ein Anspruch erst mit Vorliegen aller objektiven und subjektiven Voraussetzungen entstanden sein. Die relative Verjährungsfrist läuft erst von jenem Zeitpunkt an, da ein Anspruch objektiv erhoben werden darf und subjektiv erhoben werden kann.
Demgegenüber orientiert sich die absolute Verjährungsfrist allein nach dem Zeitpunkt, in welchem die schädigen-

setz räumt denn auch jedem Aktionär ein Klagerecht ein, der erst nach dem Entlastungsbeschluss Aktien erworben hat, sofern er die in Art. 757 OR bezeichneten Voraussetzungen erfüllt.

(66) Hotz 204 N 122

(67) Bürgi Art. 753/54 N 108

de Handlung erfolgt ist. Sie lässt die Pflicht zur Schadenersatzleistung endgültig untergehen, wenn während zehn Jahren die objektiven und subjektiven Klagevoraussetzungen weder je vorgelegen haben, noch, trotz Vorliegens der Voraussetzungen, das Recht nicht geltend gemacht worden ist(68).

B. Zeitliche Korrelation zwischen Aktienerwerb und Entstehung des Anspruchs

1. Allgemeines

Unter der Voraussetzung, dass ein Schaden bekannt ist, richtet sich die Entstehung des Aktionäranspruchs nach dem Zeitpunkt, in welchem eine Person als Aktionär am Gesellschaftsleben teilnimmt.

2. Die Aktionäreigenschaft im Zeitpunkt der Schädigung

Ist der Schaden und die Person des Ersatzpflichtigen bekannt, entsteht allen Personen, die im Zeitpunkt der Schädigung über Aktien verfügen, der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens mit der erfolgten Schädigung. Ist überdies auch die Gesellschaft anspruchsberechtigt(69), so entstehen Gesellschaftsanspruch und Aktionäransprüche gleichzeitig.

3. Aktienerwerb nach erfolgter Schädigung

Da die Aktivlegitimation für eine Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden vom Bestand der Aktionärei-

(68) Vorbehältlich OR 760 II, der bestimmt: "Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch."

(69) Sog. Normalfall, vgl. (§4/II/A, S.77)

genschaft abhängt, kann jenen Personen, die erst nach erfolgter Schädigung Aktien erwerben, frühestens im Zeitpunkt, in welchem sie Aktionäre der Gesellschaft werden, ein Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens entstehen. Jedem neuen Aktionär entsteht ein eigener Anspruch, sofern dieser nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil er die Aktien in Kenntnis von Entlastungsbeschluss oder Vergleich erworben hat(Art. 757 OR). Die Frage, ob der Rechtsvorgänger des Aktionärs klageberechtigt war oder nicht, ist irrelevant. Der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens entsteht dem neuen Aktionär unter ausschliesslicher Berücksichtigung seiner persönlichen Voraussetzungen(70).

IV DIE ENTSTEHUNG DES GLAEUBIGERANSPRUCHS

A. Gesellschaftsschaden

Grundvoraussetzung dafür, dass ein Gläubiger die verantwortlichen Personen auf Ersatz des mittelbaren Schadens belangen kann, ist das tatsächlich Vorliegen von Substanzverlusten im Gesellschaftsvermögen.
Wurde der Schaden auf Klage der Gesellschaft oder von Aktionären hin ersetzt, so ist der Schadenersatzanspruch aller Berechtigten - also auch jener der Gläubiger - erloschen. Der tatsächlich Schaden ist objektive Voraussetzung zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs von Gläubigerseite, und nur die effektive Wiedergutmachung des Schadens lässt auch den Gläubigeranspruch in vollem Umfang untergehen. Der Verzicht auf Geltendmachung seitens der Gesellschaft und der Aktionäre hat demnach keinen Einfluss auf den Bestand des Gläubigeranspruchs; der tat-

(70) Meier-Wehrli 95

sächlich bestehende Gesellschaftsschaden ist die Grundvoraussetzung für den Gläubigeranspruch.

B. Konkursausbruch

1. Klageausschluss ausser Konkurs

Mit seinem Art. 758 OR schiebt das Gesetz die Entstehung des Gläubigeranspruchs bis zum Gesellschaftskonkurs hinaus. Dies aus folgendem Grund: Könnten die Gläubiger ihren Verantwortlichkeitsanspruch schon in der aufrechtstehenden Gesellschaft realisieren, so widerspräche dies einerseits dem Grundsatz, wonach sich aussenstehende Dritte nicht in gesellschaftsinterne Angelegenheiten mischen dürfen(71), anderseits sollen die Gläubiger sich aber dann nicht mehr an ihre eigentliche Vertragspartnerin, die Gesellschaft, halten müssen, wenn diese ihre Forderungen nicht mehr befriedigen kann. Da die verantwortlichen Personen durch ihr Verhalten die Vermögenssubstanz der Gesellschaft beeinträchtigten und mit dazu beigetragen haben, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, sind sie jetzt dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt.

Der eröffnete Konkurs als Entstehungszeitpunkt des Gläubigeranspruchs ist von der Idee her nicht zwingend. Zwingend ist nur, dass die Gesellschaft objektiv nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Forderungen zu begleichen

2. Klagerecht im Konkurs

Decken die Gesellschaftsaktiven das Fremdkapital nicht mehr, so ist die Gesellschaft überschuldet, und die Verwaltung hat laut OR 725 III die Pflicht, den Richter zu

(71) Bürgi Art. 753/54 N 53

(72) vgl. die Ausführungen bei Forstmoser, Verantsortlichkeit, II 3.c, 39 f.

benachrichtigen, welcher im Sinne von Absatz IV des Art. 725 über die Gesellschaft den Konkurs eröffnet. Mit Bezug auf die Verantwortlichkeitsansprüche gilt nach schweizerischem Recht eine Gesellschaft erst mit eröffnetem Konkurs als effektiv zahlungsunfähig, denn das Klagerecht der Gläubiger aktualisiert sich gemäss OR 758 mit eröffnetem Konkurs.

a) Regelung im italienischen Recht

Voraussetzung der Gläubigerklage nach art.2394 I und II CCI ist einerseits die Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens zur Tilgung der Schulden und anderseits die vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung der amministratori, wobei zwischen der Ueberschuldung und der Pflichtverletzung ein Kausalzusammenhang bestehen muss(73).

Die Ueberschuldung als Voraussetzung der Gläubigerklage ist die tiefgreifendste und definitivste Form der Insolvenz. Die Insolvenz, die nach art.2540 CCI den Konkurs nach sich zieht, liegt immer dann vor, "quando il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni..."(74). Das bedeutet indessen nicht, dass die Gesellschaft auch überschuldet sein muss. Eine Gesellschaft gilt schon dann als insolvent und somit konkursreif, wenn sie sich in bezug auf fällige Forderungen in einem Stadium der Illiquidität befindet und daher ihre Aktiven nicht realisieren kann. Befindet sich die Gesellschaft im Konkurs, so ist das eben noch kein Beweis für ihre Ueberschuldung, und es ist daher theoretisch auch möglich, dass die Gläubiger vollständige Befriedigung erlangen können(75).

(73) Alessi/Manzella/Marino II,2 903 N 3
(74) Frè art.2394 CCI p.499
(75) Frè art.2394 CCI aaO

Die Verantwortlichkeitsklage der Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens setzt zwar - anders als nach schweizerischem Recht - nicht den eröffneten Konkurs voraus. Gleich wie im schweizerischen Recht muss aber die Gesellschaft tatsächlich überschuldet sein, damit mittelbarer Schaden geltend gemacht werden kann. Der Gläubigerschutz nach italienischem Recht ist daher faktisch nicht besser als jener nach schweizerischem Recht.

b) Regelung im deutschen Recht

Auch nach deutschem Recht brauchen die Gläubiger nicht den Konkurs abzuwarten, bis sie die Vorstandsmitglieder auf Ersatz des Schadens belangen können, welcher der Gesellschaft durch ihre pflichtwidrigen Handlungen oder Unterlassungen erwachsen ist. § 93 V Satz 1 AktG lautet: "Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser Keine Befriedigung erlangen können." Wie der Gesetzeswortlaut deutlich zum Ausdruck bringt, ist der Gläubiger nur dann zur Klage gegen die Vorstandsmitglieder aktivlegitimiert, wenn er für seine Forderung gegen die Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Dem Gläubiger obliegt der Nachweis, dass die Gesellschaft objektiv nicht in der Lage ist, seine fällige Forderung zu begleichen, was immer dann der Fall ist, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Der Vorstand ist gemäss § 92 II AktG verpflichtet, unverzüglich die Konkurseröffnung oder ein gerichtliches Vergleichsverfahren zu beantragen(76).

(76) Hefermehl in AktG Bd.II § 93 Anm.70/71 ; Schilling in Grosskomm. AktG § 93 Anm. 46

Die Zahlungseinstellung, nicht schon die Zahlungsstockung, gilt als Symptom der Zahlungsunfähigkeit; und Zahlungseinstellung liegt vor, wenn von den fälligen Schulden voraussichtlich dauernd nicht alle erfüllt werden können(77).

c) Gegenüberstellung

Nach italienischem und deutschem Recht - und ebenso gemäss der 5. Richtlinie über die Harmonisierung der nationalen Gesetzgebungen(78) - können die Gläubiger, anders als nach schweizerischem Recht, schon vor Konkursausbruch gegen die Verantwortlichen vorgehen. Ungenau ist es aber, wenn in dieser Hinsicht etwa gesagt wird, dass nach ausländischem Recht die Gläubiger schon klagen dürfen, während die Gesellschaft noch aufrecht steht. Denn auch im Ausland muss die 'noch' aufrechtstehende Gesellschaft tatsächlich überschuldet sein, und der Schritt zur Konkurseröffnung ist dann kein grosser mehr. Im deutschen Recht kommt dem Zugriffsrecht der Gläubiger im wesentlichen nur dann praktische Bedeutung zu, wenn ein Vergleichsverfahren läuft oder der Antrag auf Eröffnung des Konkurses mangels Masse abgelehnt worden ist(79). Im italienischen Recht wird demgegenüber der Konkurs wohl häufig ausbrechen, bevor die Gläubigerklage aktuell werden konnte, weil schon die Illiquidität für den Konkursausbruch genügt, nicht aber auch für die Verantwortlichkeitsklagen: "In altri termini, si puð avere insolvenza nonostante che il patrimonio sia integro..." und: "Il fallimento della società non sarà dunque di per sè una

(77) § 102 KO ; Godin/Wilhelmi AktG § 92 Anm. 9 ; Meyer-Landrut in AktG § 92 Anm. 6

(78) Vorschlag der Kommission an den Rat der Europäischen Gemeinschaften v. 9.10.72 ; Bürgi Art. 753/54 N 131

(79) Hefermehl in AktG Bd.II § 93 Anm. 71 lit.c

dimostrazione della insufficienza del patrimonio sociale nel senzo anzidetto" (im Sinne der Klagevoraussetzung gemäss art.2394 II CCI)(80).

Nach schweizerischem Recht bindet ein Vergleich der Gesellschaft mit den verantwortlichen Personen die Gläubiger nicht(81), und was die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven betrifft, so steht es doch jedem Gläubiger frei, gemäss Art. 230 II SchKG die Durchführung des Verfahrens zu begehren, wodurch denn auch der fragliche Anspruch realisiert werden kann.

Kommt im italienischen Recht der Konkursausbruch der nachweisbaren Ueberschuldung der Gesellschaft zuvor, so übt, ähnlich unserem Art. 756 I OR, der curatore das Gläubigerrecht aus. Eine Abtretungsbestimmung analog zu OR 756 II/SchKG 260 gibt es im italienischen Recht nicht - das Verfolgungsrecht durch die Gläubiger knüpft eben nicht an den Gesellschaftskonkurs an -, indessen geht die Klagelegitimation nach Konkursschluss in gleicher Weise wieder auf die Gläubiger über wie nach schweizerischem Recht auf die Aktionäre(82): "...se la causa sarà ancora pendente dopo la chiusurua della procedura fallimentare o di liquidazione, la leggitimazione all'esercizio dell'azione ritornerà ai titolari di questa e cioè ai creditori"(83).

3. Fristenlauf

Nach OR 758 können die Gläubiger erst im Gesellschaftskonkurs die verantwortlichen Personen auf Ersatz des mittelbaren Schadens belangen. Der Konkursausbruch ist somit

(80) Frè art.2394 CCI p.499
(81) Vorne (§4/II/C/3/c , S. 86 ff. insbes. 91)
(82) Vorne (§7/IV/B, S. 176)
(83) Frè art.2394 CCI p.501

eine gesetzliche Voraussetzung zur Entstehung des Gläubigeranspruchs, und die relative Verjährungsfrist von fünf Jahren kann, wie das Bundesgericht verschiedentlich bestätigt hat, frühestens mit dem Konkursdekret zu laufen beginnen(84). Dies trifft immer dann zu, wenn in Anwendung von OR 760 I der Schaden und die Ersatzpflichtigen bei der Konkurseröffnung schon bekannt sind. Besteht nämlich ein Anspruch erst und beginnt zu verjähren, wenn sein auf Leistung gerichteter Inhalt verlangt werden kann(85), und sind die objektiven Klagevoraussetzungen nur mit eröffnetem Konkurs gegeben, so kann auch die Kenntnis von Schaden und Ersatzpflichtigen frühestens mit eröffnetem Konkurs angenommen werden, und die Verjährung kann frühestens in dem Zeitpunkt beginnen, in welchem sämtliche Voraussetzungen vorliegen.
Wird z.B. im Sinne von SchKG 269 erst nach Schluss des Konkursverfahrens die Person eines Ersatzpflichtigen bekannt, so kann in Anwendung von OR 760 I und, was sich freilich von selbst versteht, im Rahmen der absoluten Verjährungsfrist, die fünfjährige relative Frist erst mit Kenntnis dieser Person zu laufen beginnen.

C. Gläubigereigenschaft

Unter der Voraussetzung, dass ein Gesellschaftsschaden im Sinne von OR 753/54 vorliegt und der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden ist, entsteht jeder Person ein Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden,

(84) Unveröff. Entscheid der I.Zivilabt. v. 7. 10.1958 i.S. Duttweiler/Kehrli gegen Konkursmasse der Maritime suisse SA ; Pra 51(1962) 132 abgedruckt in SAG 35 (1962/63) 179 ; BGE 87 II 300 f., 97 II 403 ff.Erw.3

(85) v.Tuhr/Peter I/1 15 ; Oben (§3/II, S.61)

die zur Zeit der Konkurseröffnung Gläubiger der konkursiten Gesellschaft ist.

Die Gläubigereigenschaft zum Zeitpunkt der Schädigung ist für die Entstehung des Anspruchs irrelevant. Ausschlaggebend ist allein die Eigenschaft als Gläubiger zur Zeit des Konkursausbruchs, demnach die Konkursgläubigereigenschaft(86). Mithin ist es unerheblich, ob ein Konkursgläubiger schon zur Zeit des schädigenden Ereignisses Gesellschaftsgläubiger war. Der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens entsteht ohne Unterschied jedem Konkursgläubiger, der, infolge einer Schadenszufügung durch die Verantwortlichen, von der Gesellschaft nicht mehr befriedigt werden kann(87), sofern die persönlichen Voraussetzungen des Gläubigers dies gestatten(88).

(86) So auch Hefermehl in AktG Bd.II § 93 Anm. 69: "Die Forderung des Gläubigers muss nicht vor der Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds oder vor Kenntnis dieser Verletzung entstanden sein. Jeder Gläubiger, der gegenwärtige wie der zukünftige, soll ein Zugriffsrecht haben."

(87) Meier-Wehrli 56 ; Bürgi Art. 753/54 N 103

(88) z.B. BGE 86 III 159

§ 4 DIE FUNKTION DES ANSPRUCHS

I ALLGEMEINES

Der Anspruch auf Ersetzung des mittelbaren Schadens hat seine Grundlage in der kapitalistischen Struktur der AG(1): Erwächst der Gesellschaft infolge pflichtwidrigen Verhaltens der verantwortlichen Personen ein Schaden, so sind aufgrund ihrer Rechtsbeziehung zur AG reflexweise auch die Aktionäre und eventuell die Gläubiger davon betroffen. Die Benachteiligung des Aktionärs besteht insbesondere im anteilmässigen Verlust des Gesellschaftsvermögens, der seinem Aktienbesitz entspricht(2). Nicht anders ergeht es den Gesellschaftsgläubigern, deren Forderungen nicht mehr befriedigt werden können, weil die schädigenden Handlungen der verantwortlichen Personen die Gesellschaft in den Konkurs getrieben haben. In diesem Fall sind auch sie indirekt betroffen durch den der Gesellschaft zugefügten Schaden(3).

Der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens entsteht in dem Zeitpunkt, in welchem die einzelnen Berechtigten in ihren Rechten verletzt sind. Bei den Aktionären ist dies grundsätzlich bei jedem Schadensereignis der Fall(4). Die Rechte der Gläubiger hingegen sind erst dann

(1) Oben (§2/IV/A/1, S.37 ff.)

(2) Frick 97

(3) Nach geltendem Gesetz können die Gläubiger vor Konkursausbruch keinen mittelbaren Schaden erleiden, weil die Fiktion gilt, dass die Gesellschaft bis dahin zahlungsfähig sei, vgl. Bürgi Art. 753/54 N 51 Ziff.2 ; Frick 99 ff.

(4) Es ist davon auszugehen, dass Schäden, welche die Gesellschaft aus ihren Reserven deckt, die Wertverminderung des Gesellschaftsvermögens nicht beheben können. Werden wie in der Affäre Chiasso die Vermögensverluste mit den stillen Reserven gedeckt, so kann der Schaden allenfalls buchungsmässig, nicht aber tatsächlich ersetzt werden.

verletzt, wenn die Gesellschaft nicht mehr zahlen kann. Der mittelbare Schaden trifft die Aktionäre und Gläubiger nicht direkt, er gefährdet aber den Wert ihrer Beteiligungen und Guthaben(5). Das Interesse der mittelbar Geschädigten richtet sich daher auf Ersetzung des Schadens im Vermögen der Gesellschaft, und zwar durch jene Personen, die den Schaden zu verantworten haben.

Die Funktion des Anspruchs auf Ersatz des mittelbaren Schadens besteht darin, unabhängig vom Willen der Gesellschaft, in der Form von Schadenersatz jene Vermögensteile zu realisieren, die der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten der verantwortlichen Personen verloren gegangen sind und deren Fehlen in indirekter Weise die legitimen Interessen der Aktionäre und Gläubiger verletzt.

II DIE FAKTISCHE VERMINDERUNG DES GESELLSCHAFTSVERMOEGENS ALS VORAUSSETZUNG FUER DEN BESTAND DES ERSATZANSPRUCHS DER MITTELBAR GESCHAEDIGTEN

A. Normalfall: Gesellschaftsschaden bewirkt Gesellschaftsanspruch

Zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage sind nach OR 753/54 einerseits die Gesellschaft und anderseits die Aktionäre und Gläubiger berechtigt, sofern das schuldhafte Verhalten der verantwortlichen Personen im Vermögen der Gesellschaft einen Schaden bewirkt hat. Die Klage geht auf Ersatz des Schadens durch die Haftpflichtigen, und die Leistung erfolgt an die Gesellschaft (OR 755).

Die Beteiligungen der Gesellschafter bleiben in dem Umfange strapaziert, in welchem die fehlenden fremden Mittel durch gesellschaftseigene aufgewendet werden. Diese Auffassung scheint auch von Generaldirektor der SKA und Leiter der Pressekonferenz v.1.3.1978 Rainer E. Gut vertreten zu werden, indem er mit seiner Aussage bestätigte, dass durch die Reserveauflösung das "Auffangnetz" geschwächt worden sei, vgl. TA v.2.3.78, Titelseite; ferner NZZ v.2.3.78 Nr.51 S.13 f.

(5) Bürgi Art. 753/54 N 53

1. Gesellschaftsanspruch

Wie vorstehend in §4/I/B festgestellt worden ist, entsteht der Gesellschaft immer dann ein Verantwortlichkeitsanspruch aus OR 753/54, wenn die vier klassischen Voraussetzungen, nämlich Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden vorliegen. Fehlt eines der vier Elemente, so entsteht ein Ersatzanspruch nicht.

2. Anspruch der Aktionäre und Gläubiger

Ist die Gesellschaft selber zur Klageerhebung befugt, so sind überdies die Aktionäre und Gläubiger klageberechtigt. Räumt das Gesetz nämlich den mittelbar Geschädigten ein Klagerecht ein, so hat dieses Klagerecht zum mindesten die Bedeutung einer Subrogationsklage(6): Es sollen die Aktionäre und Gläubiger wenigstens jene Schadenersatzansprüche einfordern dürfen, die auch von der Gesellschaft selber geltend gemacht werden können.
Es ist aber zu untersuchen, ob der Gesetzgeber das Recht der Aktionäre und Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens nicht umfassender ausgestaltet hat; ob er ihnen nicht auch dann ein Recht zur Geltendmachung verliehen hat, wenn die Gesellschaft ihren eigenen Anspruch vertan oder wenn ihr überhaupt nie ein solcher zugestanden hat.

B. Spezialfall: Trotz Gesellschaftsschaden kein Gesellschaftsanspruch

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt ist ein Schaden im Vermögen der Gesellschaft, der durch widerrechtliche Handlungen der verantwortlichen Personen zustande gekommen ist, der aber aus

(6) R. Picenoni 197

zwei verschiedenen Gründen von der Gesellschaft selber nicht geltend gemacht werden kann:

- Die Gesellschaft hat grundsätzlich ein Recht auf Ersatz des entstandenen Schadens, verliert dieses jedoch durch einen gültigen Dechargebeschluss oder Vergleich.
- Die Gesellschaft hat in die Vornahme der widerrechtlichen Handlung gültig eingewilligt, weshalb ihr, trotz des Schadens, kein Ersatzanspruch zusteht.

2. Auswirkungen auf die Klage der Einzelberechtigten

Wenn das Geltendmachungsrecht der Aktionäre und Gläubiger vom Bestand des Gesellschaftsanspruchs abhinge, so wäre eine Geltendmachung des Schadens in beiden soeben erwähnten Fällen schlechthin ausgeschlossen. Das Resultat wäre das folgende: Immer dann, wenn die Gesellschaft selber klagen kann, sind auch die Aktionäre und Gläubiger zur Klage berechtigt. Hat die Gesellschaft aber ihren Verantwortlichkeitsanspruch verloren, weil sie, aus welchen Motiven auch immer, eine belastete Verwaltung etc. entlastet bzw. sich mit ihr verglichen hat, oder ist ihr gar nie ein Anspruch erwachsen, weil ihr das schädigende Verhalten der Verantwortlichen gemäss der Maxime "volenti non fit iniuria" anzurechnen ist, dann sollen auch die Gläubiger und Aktionäre nicht klagen können.

Es ist offensichtlich, dass das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger nur dann wirksam ist, wenn sein Bestand vom tatsächlichen Gesellschaftsschaden abhängt und nicht dadurch eingeschränkt wird, dass der Gesellschaftsanspruch schon untergegangen oder eben gar nie entstanden ist. Einschränkungen soll das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens nur dann erfahren, wenn einzelnen Aktionären oder Gläubigern ihr persönliches Wissen und Wollen zuzurechnen

ist und es dann dem Gebot der Billigkeit widerspräche, wenn sie trotzdem klagen könnten(7).

3. Gesellschaftsschaden

a) Schadensbegriff und Gesellschaftsanspruch

Den Schaden haben wir als Vermögensverminderung definiert, die ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgt ist(8). E contrario liegt dann kein Schaden vor, wenn die Vermögensverminderung mit Einwilligung des Geschädigten erfolgt ist. Die Umkehrung des Argumentes ist freilich nur unter der Voraussetzung richtig, dass die Einwilligung des Geschädigten im Rahmen seiner Verfügungsmacht lag(9).

In einem konkreten Fall ist die Gesellschaft immer dann zur Klageerhebung aktivlegitimiert, wenn das Verhalten der verantwortlichen Personen entgegen dem Willen der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat. Billigte aber die Gesellschaft die schädigende Handlung, ohne dass ihre Einwilligung ex tunc nichtig war, so ist sie für ihren Teil nicht berechtigt, gegen die Verantwortlichen zu klagen.

b) Schadensbegriff und Anspruch von Aktionären und Gläubigern

Ein Gesellschaftsschaden als Grundlage für Verantwortlichkeitsklagen von Aktionären und Gläubigern liegt nicht nur dann vor, wenn auch die Gesellschaft selbst zur Klage

(7) BGE 86 III 159

(8) Oben (§2/I/A, S.21)

(9) Oben (§3/I/C/1/a, S.56)

berechtigt ist; jede wertmässige Differenz im Vermögen der Gesellschaft genügt als Grundlage der Aktionär- und Gläubigerklage. Dieser Schluss ergibt sich nicht nur unter Anwendung des besonderen Schadensbegriffs, wie ihn Jäggi geprägt hat(10). Unter Berücksichtigung der spezifischen Struktur der AG führt auch der gewöhnliche Schadensbegriff zum selben Resultat. Die oben unter (3/a) gemachten Ausführungen erfahren deshalb die folgende Präzisierung:

Der Schadensbegriff wird unverändert für den Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens übernommen. Demnach ist der Schaden auch in diesem Zusammenhang eine Vermögensverminderung, die ohne oder wider den Willen des Geschädigten erfolgt ist, und ein Schaden liegt e contrario dann nicht vor, wenn der Geschädigte in die Schädigung eingewilligt hat. Die Besonderheit im Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit liegt in der Tatsache, dass ein einziges schädigendes Ereignis das rechtlich geschützte Interesse von verschiedenen Personen beeinträchtigen kann. Die Einwilligung in ein schädigendes Verhalten schliesst daher nur dann Schaden und Schadenersatz aus, wenn alle geschädigten Personen die betreffende Handlung gebilligt haben. Willigte nur die Gesellschaft in eine schädigende Handlung ein, so verliert damit nur sie ihr eigenes Recht auf Schadenersatz; weiterhin ist aber - nach dem gewöhnlichen Schadensbegriff - ein Schaden jener Personen anzunehmen, die der Vermögensverminderung nicht zugestimmt haben und denen konsequenterweise das Recht zusteht, die Verantwortlichen auf Ersatz des Schadens zu belangen(10a).

(10) Jäggi in SJZ 48(1952) 304

(10a) Forstmoser, Verantwortlichkeit, V b, 43 FN 98

Der faktische Gesellschaftsschaden bildet immer die Grundlage einer Klage auf Ersatz des mittelbaren Schadens, weil ein Schaden nur dann mittelbar ist, wenn er sich aus dem Gesellschaftsschaden herleitet.
Da aber laut Gesetz der Gesellschaftsschaden nicht nur die Rechte der Gesellschaft verletzt, sondern ebenso die Rechte der Aktionäre und Gläubiger (OR 755 ff.), genügt auch die Einwilligung der Gesellschaft nicht, um Schaden und Schadenersatz in toto auszuschliessen. Ihre Einwilligung ist nur geeignet, ihren eigenen gesetzlichen Anspruch auf Ersatz des Schadens zu vernichten; das Schadenersatzrecht der mittelbar Geschädigten wird davon aber nicht berührt.
Nach der Formel des gewöhnlichen Schadensbegriffs ist nur dann kein Schaden anzunehmen, wenn der Geschädigte in die Vermögensverminderung gültig eingewilligt hat. In unserem Fall ist aber der Geschädigte nicht nur die Gesellschaft, sondern der Geschädigte rekrutiert sich aus der Gesellschaft, der Gesamtheit der Aktionäre und der Gesamtheit der Gläubiger. In diesem Sinn hat auch das Bundesgericht im Entscheid 86 III 159 entschieden: Die Klage eines Gesellschaftsgläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens wies es nicht mit der Begründung ab, dass der Gesellschaft selber kein Anspruch zustand und dem Gläubiger daher auch kein Anspruch zustehen könne. Klageabweisendes Moment bildete allein die Tatsache, dass dem Kläger das Wissen und Wollen der Gesellschaft als ehemaligem Gründer derselben persönlich zuzurechnen sei und dass auch seine jetzige Eigenschaft als Gläubiger der Gesellschaft diese Tatsache nicht verändern könne.

C. Beweis

1. Aufgabenstellung

Das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens jedes Aktionärs und Gläubigers besteht, um seine Grundforderung - die Beteiligung oder das Guthaben - gegenüber der Gesellschaft durchzusetzen. Anhand des Art. 757 OR soll nun der Beweis erbracht werden, dass dieses Schadenersatzrecht - nebst der Forderung, zu deren Realisierung es dient - ausschliesslich einen Gesellschaftsschaden und gewisse persönliche Bedingungen voraussetzt. Dieses Schadenersatzrecht ist somit vom Bestand oder Nichtbestand eines Gesellschaftsanspruchs losgelöst.

2. Entlastungsbeschluss

a) Begriff der Entlastung

Die Entlastung beeinhaltet einen Verzicht der Generalversammlung, die verantwortlichen Personen aus ihrer Verwaltungs- und Geschäftsführungstätigkeit während des Zeitraums, für welchen die Rechnungslegung erfolgt, zu belangen(11). In diesem Sinn wird der Entlastungsbeschluss als einseitiges, rechtsgeschäftliches, negatives Schuldanerkenntnis charakterisiert(12). Im Gegensatz zu einem Erlassvertrag gemäss OR 115, der die Aufhebung einer konkreten Forderung zum Inhalt hat, an deren Bestehen beide Parteien nicht zweifeln, beeinhaltet der Entlastungsbeschluss in der Regel einen Verzicht auf Geltendmachung einer nur eventuell bestehenden Forderung(13).

(11) Funk Art.698 N 8 ; Schucany Art. 698 N 7 ; F.v.Steiger, Recht der AG, 266 ff.; Meier-Wehrli 114 ff.; BGE 51 II 69 f., 65 II 12, 67 II 174; SAG 17(1944) 228 f.
Zur Entlastung der Liquidatoren und der Kontrollstelle vgl. die Ausführungen bei Bürgi Art. 757 N 7

(12) Schluep 94 ; Bürgi Art. 698 N 78 ; Fehr 156 ; Meier-Wehrli 116 ; BGE 51 II 70 f., 90 II 498 f.

(13) Meier-Wehrli 117

b) Auswirkungen auf das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger

Als reine Subrogationsklage wäre die Geltendmachung von mittelbarem Schaden durch die Aktionäre und Gläubiger ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft ihrerseits die Verantwortlichen gültig entlastet hat.
Das Gesetz durchbricht dieses Prinzip für die Aktionäre mit der Bestimmung des Art. 757 OR und für die Gläubiger (zumindest) durch OR 20(I4). Diese Durchbrechungen scheinen die Rechtsnatur der Decharge als negatives Schuldanerkenntnis zu präzisieren. Der Entlastungsbeschluss durch die Generalversammlung stellt somit nicht das generelle Nichtbestehen einer ungewissen oder bestrittenen Forderung fest, sondern die entlastungsgebende Gesellschaft und mit ihr die Gesamtheit der zustimmenden Aktionäre verzichten damit auf Geltendmachung des eventuellen Verantwortlichkeitsanspruchs in demjenigen Umfang, in welchem die Aktivitäten der Verantwortlichen zur Zeit der Beschlussfassung überhaupt ersichtlich waren. Dies heisst aber zweierlei:

- zum einen bezieht sich die Entlastung nur auf jene Geschäfte, die bei gehöriger Sorgfalt der Generalversammlung aus den Unterlagen und den Angaben der verantwortlichen Personen hervorgingen(15)
- und zum andern wird der Nichtbestand der allfälligen Forderung nur zwischen dem effektiven Entlastungsgeber und den Entlasteten festgestellt.

Demnach geht eine allfällige Forderung mit der Entlastung nicht schlechthin unter, sondern nur in demjenigen Umfang, in welchem die Dechargierenden sie zum Untergang bringen

(14) R.Picenoni 204 ff.; F.v.Steiger, Recht der AG, 272 ; BGE 67 II 174 f.; Bericht II 84 ; Botschaft 62

(15) Funk Art. 757 N 2 ; Graner 129 f.; Biggel 75 ; Meier-Wehrli 125 ; Kreis 82 f.; Fehr 157 ; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 145 N 18 ; BGE 95 II 320 Erw.4

konnten, und das ist nur insoweit möglich, als deren eigenes Klagerecht reicht(16).
Sind aber von Gesetzes wegen schon jene Aktionäre, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben und die ihn auch nicht in der Weise billigen, dass sie in Kenntnis der Schlussnahme Aktien erwerben, zur Klage legitimiert, und dies, obwohl ihnen zusätzlich die Möglichkeit offensteht, den rechtsverletzenden Beschluss gemäss OR 706 I anzufechten, so kann die Entlastung dem Gläubiger gegenüber unmöglich eine Wirkung entfalten. Ist doch naturgemäss eine Mitwirkung der Gläubiger an Generalversammlungsbeschlüssen, wie auch ein Recht zur Anfechtung derselben ausgeschlossen. Die Gläubiger sind aussenstehende Drittpersonen, weshalb die Verantwortlichen ihnen nicht entgegenhalten können, sie hätten entsprechend den Weisungen der Generalversammlung gehandelt. Vielmehr haben sie aus eigener Verantwortlichkeit für den Schaden einzutreten, der den Gläubigern als Folge der Ausführung von gesetzes- oder statutenwidrigen Beschlüssen entstanden ist(17).

Die Unabhängigkeit des Verantwortlichkeitsanspruchs der Gläubiger vom Entlastungsbeschluss ergibt sich u.E. nicht nur aus OR 20, sondern auch aus OR 757: Ist nämlich die Zustimmung des Aktionärs Voraussetzung, dass der Entlastungsbeschluss als Gesellschaftsinternum ihm gegenüber Wirkung entfaltet, so kann sich der Entlastungsbeschluss unmöglich auf aussenstehende Gläubiger auswirken: per analogiam, weil die Gläubiger nicht zugestimmt haben und e contrario, weil sie nicht zustimmen können.

(16) Die Verwirklichung eines Minderheitenschutzes in Art. 757 OR vgl. Henggeler, 54

(17) Bürgi Art. 753/54 N 84 ; Meier-Wehrli 142 ; Fehr 149, 157 ; F.v.Steiger, Recht der AG, 276 ; Bär in ZBJV 106(1970) 458 ; Pra 54(1965) Nr. 59 Erw.4

3. Vergleich

a) Begriff

Der Vergleich ist ein Innominatkontrakt. Sein Inhalt ist die vertragliche Einigung über eine streitige oder ungewisse Forderung, bestehend im teilweisen Erlass seitens des Gläubigers und in der Zusicherung der vereinbarten Gegenleistung seitens des Schuldners(18). Die Ungewissheit der Parteien über das Rechtsverhältnis wird auf dem Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt(19).

b) Praktische Bedeutung des Vergleichs im Verantwortlichkeitsrecht

Verantwortlichkeitsprozesse sind relativ selten. Werden solche ausgetragen, so handelt es sich meistens um kleine und atypische Aktiengesellschaften, in vielen Fällen um solche, die in Konkurs geraten sind(20). In der Praxis werden daher Verantwortlichkeitsfälle viel häufiger aussergerichtlich und vergleichsweise erledigt. Dadurch werden hohe Kosten und ein langwieriges Verfahren vermieden, und die Oeffentlichkeit weiss in der Regel überhaupt nichts vom bestehenden Rechtsstreit, was sowohl den verantwortlichen Personen als auch dem Ansehen der betreffenden Gesellschaft nur zum Vorteil gereicht(21).

c) Auswirkungen auf das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger

Dem Vergleich kommt eine grosse praktische Bedeutung zu. Die Vergleichsleistung entspricht zwar nicht dem verschuldeten Schaden, aber immerhin stellt der Vergleich

(18) Guhl 290

(19) Guhl 269 ; Meier-Hayoz in SJZ 49(1953) 117 ; Meier-Wehrli 147 ; BGE 95 II 423 f.

auch keinen gänzlichen Verzicht dar.
Wie wirkt sich ein Vergleich auf die Gläubiger und auf jene Aktionäre aus, die dem Vergleichsabschluss nicht zugestimmt haben? Soll der Vergleich auch ihnen gegenüber seine Wirkung entfalten, obwohl es die Körperschaft oder ihre Nachlassmasse ist, die als Vertragspartei auftritt, und nicht der einzelne Aktionär oder Gläubiger(22)? Zu untersuchen ist, ob Art. 757 OR, der sich dem Wortlaut nach nur auf den Entlastungsbeschluss bezieht, in analoger Weise auch auf den Vergleich angewendet werden kann. Dem Bedenken jener Autoren, die sich für eine enge oder relativ enge (teleologische) Auslegung des Art. 757 aussprechen, um einen Vergleich vor schikanösen Klagen einzelner opponierender Aktionäre zu schützen, kann u.E. nicht beigepflichtet werden(23). Ist nämlich die Vergleichsleistung angemessen, so sind auch keine Aktionärklagen zu befürchten. Wer könnte schon ein Interesse daran haben, für einen geringen Mehrerlös, der überdies der Gesellschaft zugute käme, das Prozessrisiko auf sich zu nehmen? Handelt es sich aber um einen unbilligen Vergleich, so wäre es mit der gesamten Verantwortlichkeitsordnung nicht zu vereinbaren, wenn ein Vergleich eine selbständige Aktionärklage verhindern könnte, obwohl ein Gesellschaftsschaden offensichtlich ist und der klagende Aktionär seine Zustimmung zur unangemessen niedrigen Vergleichsleistung verweigert hat(24).

(20) BGE 61 II 228 ff., 82 II 48 ff., 82 II 57 ff., 86 III 154 ff., 86 II 171 ff., 90 II 490 ff.

(21) Meier-Wehrli 147

(22) Henggeler 55 ; Barbey 68

(23) gl.M. Meier-Wehrli 149 f., 152 f.; aber Hotz 206 ff.; Schluep 95 ; R.Picenoni 181, 187 ff., 191 ; Frick 112 f.

(24) Meier-Wehrli 152 ; aA Bürgi Art. 755 N 14 ff. insbes. N 21. Nach Bürgi muss dem Vergleich stets die Wirkung eines Urteils zukommen, nicht jene eines Entlastungsbeschlusses, und ein fauler Vergleich sei mit der Absichtspauliana anzufechten, Bürgi aaO N 17.

aa) Analogie von OR 757 hinsichtlich eines Vergleichs

In bezug auf die Anwendbarkeit des heutigen Art. 757 OR visieren die Entwürfe zum geltenden OR nicht nur das einseitige Rechtsgeschäft der Decharge an, sondern ebensosehr das zweiseitige des Vergleichs(25). Demnach lässt sich den Materialien eindeutig entnehmen, dass der Untergang des eigenen Rechts nicht nur im Fall der Entlastung von der Zustimmung des Aktionärs abhängt, sondern ebenfalls bei einem Vergleich(26).

Mangels gegenteiliger gesetzlicher Bestimmung wäre es nicht einzusehen, weshalb das Bestehen eines eigenen Geltendmachungsrechts des Aktionärs beim vollständigen Verzicht von seiner Billigung abhängt, indessen ein nur teilweiser Verzicht - trotz fehlender Zustimmung des Aktionärs - sein Recht verbrauchen würde. Könnte man den Umfang einer angemessenen Vergleichsleistung gesetzlich verankern, so wäre wohl die Lösung der Teleologen(27) angestrebt worden. In diesem, leider unrealistischen Fall, würde ein Vergleich mit einer über der gesetzlichen Minimalgrenze liegenden Leistung jede weitere Klage seitens der mittelbar Geschädigten ausschliessen, nicht aber ein Vergleich, dessen vereinbarte Leistung unter dieser Grenze angesetzt worden ist. Da es aber kein sicheres Kriterium gibt, mit dessen Hilfe in allgemeiner Form die Grenze zwischen angemessener und unangemessener Vergleichssumme gezogen werden könnte, bliebe meist unklar, ob das Recht des Aktionärs - wie auch im Konkursfall das Recht des Gläubigers - ausgeschlossen wäre oder nicht(28).

(25) Art. 669/672 E I und Bericht I 83 ; Art. 772 E II und Bericht II 84 ; Art. 752 I E v. 21.2.1928

(26) Meier-Wehrli 152 ; Botschaft 62

(27) Schluep 95 ; R.Picenoni 181 ff.; Frick 112 f.

(28) Meier-Wehrli 150 f.

Im Sinne der Materialien ist daher nur die Lösung denkbar, dass mit abgeschlossenem Vergleich nur das Geltendmachungsrecht der Gesellschaft als Vergleichspartnerin der verantwortlichen Personen untergeht sowie freilich auch jenes der Aktionärmehrheit, die dem Vergleich zugestimmt hat. Die Zustimmung durch die Aktionäre bedeutet schliesslich nichts anderes als einen Verzicht auf das mit ihrer Beteiligung verbundene Schadenersatzrecht in dem Umfang des Schadens, der die Vergleichsleistung übersteigt. Auf dieses Recht kann jedermann freiwillig verzichten, es kann aber niemandem weggenommen werden, denn es ist ein wohlerworbenes Recht(29).
Demzufolge tangiert ein Vergleich weder das Recht der nichtzustimmenden Aktionäre noch jenes der Gläubiger(30). Ob die Voraussetzungen zu einer Aktionärklage vorliegen, bestimmt sich nach OR 757. Eine Gläubigerklage ist gemäss OR 758 erst im Gesellschaftskonkurs möglich(31).

bb) Vergleich im Gesellschaftskonkurs

Als Zwangsvertreterin der Konkursgläubiger verwertet die Konkursverwaltung alle zur Masse gehörenden Gegenstände, um den gezogenen Erlös an die Gläubiger entsprechend ihrem Rang zu verteilen (SchKG 197, 240).
Will sich die Konkursverwaltung mit einem Drittschuldner vergleichen, so bedarf sie der Zustimmung durch die Mehrheit der Konkursgläubiger (Art. 253 II SchKG). Das Bundesgericht hat es jedoch als zulässig erachtet, dass

(29) Schluep 92 f.; Schucany Art. 646 N 6 lit.o ; Funk Art. 646 N 3 ; Siegwart Art. 646 N 40

(30) gl.M. in bezug auf die Gläubigerklage Hotz N 135

(31) Zur Anfechtung eines Vergleichs aufgrund von OR 24 I Ziff.4 vgl. Meier-Hayoz in SJZ 49(1953) 119 ; BGE 56 II 426 f., 57 II 289, 82 II 375 f.

die Gläubigerversammlung, anstatt einen Vergleich selber abzuschliessen, den Anspruch zu weiterer Rechtsverfolgung nach SchKG 260 abtrete; dies unter der Bedingung, dass ihr das vergleichsweise der Masse Zugestandene vom Abtretungsgläubiger vergütet werde(32).

Der Vergleich über Verantwortlichkeitsansprüche in der konkursiten Gesellschaft gleicht dem Vergleich in der aufrechtstehenden Gesellschaft, wo es den nicht zustimmenden Aktionären unbenommen bleibt, den die Vergleichsleistung übersteigenden Betrag von den Verantwortlichen einzufordern: Wohl sieht Art. 260 SchKG die Abtretung nur für den Fall vor, da die Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung eines Anspruchs verzichtet, und ein Vergleich ist definitionsgemäss kein Verzicht. Ein Vergleich ist aber immerhin ein partieller Verzicht und daher auch nur eine teilweise Geltendmachung. Infolge dieser Tatsache ist kein Grund ersichtlich, weshalb es einer Minderheit von Konkursgläubigern verwehrt sein sollte, gegen Sicherstellung der Vergleichssumme von ihrem gesetzlichen Abtretungsrecht Gebrauch zu machen, um sich unter Tragung der Kosten und des Prozessrisikos, eine bessere Deckung für ihre Forderungen im Sinne von SchKG 260 II zu verschaffen. Ein Vergleich der Konkursverwaltung mit den verantwortlichen Personen soll nur dann als abgeschlossene Verwertungsmassnahme betrachtet werden, wenn entweder alle Gläubiger dem Vergleichsabschluss zugestimmt haben oder wenn keiner der Gläubiger, die sich gegen den Vergleichsabschluss ausgesprochen haben, innert Frist die Abtretung begehrt(33).

(32) BGE 52 III 19, 52 III 62 ff. Erw.4, 76 III 102, 78 III 198 ; BlSchK 1960, 188 ; Jaeger/Däniker Art. 260 N 6 ; Bürgi Art. 756 N 9

(33) Barbey 75 ; Meier-Wehrli 155 FN 29 ; aA Fehr 159

Da es den Aktionären versagt ist, sich an den Gläubigerversammlungen zu beteiligen, und sie einem Vergleichsabschluss folglich auch nicht zustimmen können, geht ihr Verantwortlichkeitsanspruch nur in dem Umfang unter, in welchem infolge Leistung an die Masse der Gesellschaftsschaden vermindert ist(34).

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Der in der aufrechtstehenden Gesellschaft gefasste Entlastungsbeschluss oder Vergleich vernichtet den Verantwortlichkeitsanspruch des Gläubigers nicht. Gegenüber dem Aktionär entfalten Entlastungsbeschluss und Vergleich nur dann ihre Wirkung, wenn der Aktionär im Sinne von Art. 757 OR dem jeweiligen Beschluss zugestimmt oder in Kenntnis der Schlussnahme Aktien erworben hat. Den anderen Gesellschaftern, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, bleibt es weiterhin unbenommen, gegen die verantwortlichen Personen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen(35). OR 757 beschränkt das Klagerecht jedoch in zeitlicher Hinsicht: Zwecks Beseitigung der unsicheren Rechtslage, die dem Gedeihen des Unternehmens nicht förderlich ist und die verantwortlichen Personen in ihrer Geschäftstätigkeit hemmt, hat die Klageerhebung binnen sechs Monaten seit der Beschlussfassung zu erfolgen(36).
Im Konkurs der Gesellschaft wirkt sich ein Vergleich nur im Umfang der erfolgten Leistung auf den Aktionäranspruch aus, und das Recht der Gläubiger auf Abtretung wird nur mit deren persönlicher Zustimmung zum Vergleich bzw. mit unbenütztem Ablauf der Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren verbraucht.

(34) Oben (§4/II/C/2/b, S.84 f.); Meier-Wehrli 153 f.; aA Fehr 159

(35) Bürgi Art. 753/54 N 99 ; Botschaft 62 ;
aA Bürgi Art. 755 N 21 hinsichtlich eines Vergleichs

(36) Meier-Wehrli 95 ; F.v.Steiger, Recht der AG, 276

Der Verantwortlichkeitsanspruch von Aktionären und Gläubigern geht also nicht mit dem Gesellschaftsanspruch unter, sondern sein Bestand hängt von der persönlichen Zustimmung zu Entlastung oder Vergleich ab. Seine Funktion besteht doch gerade darin, unabhängig vom Willen der Gesellschaft, in der Form von Schadenersatz jene Vermögensteile zu realisieren, die der Gesellschaft durch pflichtwidriges Verhalten der verantwortlichen Personen verloren gegangen sind, und deren Fehlen indirekt die legitimen Interessen der Aktionäre und Gläubiger verletzt.

III GLAEUBIGERANSPRUCH NACH ITALIENISCHEM RECHT

A. Funktion

Nach art. 2394 CCI sind neben der Gesellschaft selber (art. 2392/93 CCI) auch die Gläubiger berechtigt, gegen die amministratori vorzugehen, sofern das Gesellschaftsvermögen für ihre Befriedigung deshalb nicht reicht, weil die Verantwortlichen in schuldhafter Weise ihre Obliegenheiten nicht erfüllt haben(37). Das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist den Gläubigern einer Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Bedingung zuerkannt, dass die Vermögenssubstanz der Gesellschaft nicht aufs Spiel gesetzt werde und gegebenenfalls die Wiedererlangung desselben ermögliche(38). Die Funktion des Gläubigeranspruchs wird von Giancarlo Frè in der folgenden Weise umschrieben: "Il diritto che la legge riconosce ai creditori sociali è quello di ottenere dagli amministratori, a titolo di risarcimento di danni,

(37) Alessi/Manzella/Marino II,2 903 N 3 ; Torrente/Pescatore art. 2394 CCI N 3

(38) Alessi/Manzella/Marino II,2 903 N 5

l'equivalente della prestazione che per colpa degli amministratori stessi la società non è più in grado di adempiere"(39).
Die Funktion des Anspruchs ist grundsätzlich dieselbe wie nach schweizerischem Recht: Es sollen die verantwortlichen Personen von den Gesellschaftsgläubigern persönlich angegangen werden können, wenn ihre Forderungen, infolge des schädigenden Verhaltens der Verantwortlichen, von der Gesellschaft selber nicht mehr gedeckt werden können.

B. Bestand des Anspruchs

Der Absatz IV des art. 2394 CCI gibt - im Gegensatz zum schweizerischen Recht - genaue Auskunft über den Bestand des Gläubigeranspruchs: "La rinunzia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria, quando ne ricorrono gli estremi."
Der Verzicht der Gesellschaft auf Geltendmachung des Anspruchs hindert demnach die Gläubiger in keiner Weise an der Ausübung ihres Rechts. Einem Vergleich aber steht jede Verantwortlichkeitsklage entgegen. Diese Regelung geht von der Meinung aus, dass die Gesellschaft auf geeignete Weise ihr Vermögen wieder aufgestockt hat, weshalb der Schaden als Voraussetzung für die Gläubigerklage fehlt(40). Indessen stehen die Gläubiger auch einem Vergleich nicht schutzlos gegenüber. Ein Vergleich kann, sofern die Voraussetzungen vorliegen, auf ihre Klage hin gemäss art.

(39) Frè art. 2394 CCI p.499
(40) Frè art. 2394 CCI p.501 segg.

2901 CCI mit der actio revocatoria für unwirksam erklärt werden(41).

IV GLAEUBIGERANSPRUCH NACH DEUTSCHEM RECHT

A. Funktion

Nach § 93 V Satz 1 AktG kann der Ersatzanspruch der Gesellschaft auch von den Gläubigern geltend gemacht werden, sofern diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können(42). Ein Gläubiger ist nur dann zur Klage gegen ein Vorstandsmitglied aktivlegitimiert, wenn seine Forderung von der Gesellschaft nicht getilgt werden kann, weil sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Ist die Gesellschaft objektiv nicht in der Lage, ihre Gläubiger zu befriedigen, so sind diese befugt, den Gesellschaftsanspruch (43) in der Höhe ihrer Forderungen gegenüber den ersatzpflichtigen Vorstandsmitgliedern geltend zu machen, und zwar unter Leistung an sich selbst(44).
Das Geltendmachungsrecht hat nach deutschem Recht die gleiche Funktion wie nach schweizerischem und italienischem Recht, und es knüpft grundsätzlich an dieselben Voraussetzungen an: Es soll dem Gläubiger helfen, sein Guthaben zu sichern, und es entsteht erst in jenem Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft selbst nicht mehr in der Lage ist, die fällige Forderung zu erfüllen.

(41) Frè art. 2394 CCI p. 502

(42) Schilling in Grosskomm. AktG § 93 Anm. 46

(43) Die Fassung des Gesetzes spricht nach der h.L. eher dafür, dass der Gläubiger kein materielles Eigenrecht geltend macht, sondern den Anspruch der Gesellschaft als Prozessstandschafter, so Hefermehl in AktG § 93 Anm. 68 ; Godin/Wilhelmi AktG § 93 Anm. 28 ; Schilling aaO Anm. 42 ; aA Zempelin in AcP 155, 209/241

(44) Hefermehl aaO Anm. 72 ; Schilling aaO Anm. 45

B. Bestand des Anspruchs

§ 93 V Satz 3 AktG lautet: "Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht."
Gleich dem italienischen Recht regelt das deutsche Aktiengesetz die Auswirkungen von Gesellschaftsbeschlüssen auf den Bestand des Geltendmachungsrechts der Gläubiger. Im Gegensatz zum italienischen Recht dehnt sich aber ein anspruchsvernichtender Beschluss nie auf den Bestand der Gläubigerklage aus. Selbst ein gerechtfertigter Vergleich bringt das Klagerecht der Gläubiger nicht zum Untergang, und steht der Gesellschaft ein Anspruch nicht zu, weil das widerrechtliche Verhalten der Vorstandsmitglieder auf einen Hauptversammlungsbeschluss zurückzuführen ist, so können die Gläubiger dennoch klagen.
Die Lösung, wie sie das deutsche Aktiengesetz ausdrücklich vorsieht, entspricht dem Resultat, das wir in Auslegung des schweizerischen Rechts gewonnen haben. Sowohl nach deutschem wie nach schweizerischem Recht vernichtet weder ein Verzicht noch ein Vergleich der Gesellschaft das Zugriffsrecht der Gläubiger auf die verantwortlichen Personen. Ebensowenig steht einem der schädigenden Handlung zustimmenden Haupt- oder Generalversammlungsbeschluss eine Gläubigerklage entgegen, obwohl der Gesellschaft selber nach der Maxime "volenti non fit iniuria" kein Anspruch erwachsen ist.
Fragen kann man sich allerdings, ob unter diesem Gesichtspunkt die h.L. der deutschen Literatur, die dem Gläubiger keinen eigenen Anspruch zugesteht, mit der allgemeinen

Logik noch zu vereinbaren ist. Woraus soll sich das Klagerecht des Gläubigers ableiten, wenn der Gesellschaft selber aufgrund ihres Wissens und Wollens nie ein Anspruch entstanden ist? Obwohl die deutsche Ansicht im genannten Fall unlogisch erscheint, ist u.E. bei diesen Problemen weniger auf eine begriffstechnische Makellosigkeit hinzuarbeiten, als vielmehr dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch zu verhelfen: Das Recht des Gläubigers auf Befriedigung seiner Forderung soll im Rahmen von Treu und Glauben in bestmöglicher Weise geschützt werden, und es darf nicht an Begrifflichkeiten zerbrechen, wie z.B. an der Frage, ob das Zugriffsrecht des Gläubigers gegen die verantwortlichen Personen ein eigenes materielles Recht oder ein blosses Klagerecht sei.

§ 5 DIE RECHTSNATUR DES ANSPRUCHS

I DER GLAEUBIGERANSPRUCH

A. Konkursausbruch als Entstehungszeitpunkt

Decken die zu ihrem Veräusserungswert bewerteten Aktiven das Fremdkapital nicht mehr, so ist die Gesellschaft überschuldet(1). Durch die unverzügliche Benachrichtigung des Richters, wie sie OR 725 III von der Verwaltung fordert, ist es diesem möglich, die Konkurseröffnung rechtzeitig auszusprechen, um die Rechte aller Konkursgläubiger wahren zu können(2). Der eröffnete Konkurs lässt schliesslich auch die Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens entstehen(3). Allerdings schreibt Art. 758 I OR vor, dass diese Ansprüche vorerst durch die Konkursverwaltung geltend gemacht werden müssen.

1. Praktische Bedeutung

Die Gläubiger stehen in einem vertraglichen oder ausservertraglichen Verhältnis zur Gesellschaft, und solange die Gesellschaft in der Lage ist, ihre Schulden zu tilgen, besteht auch kein Anlass für die Gläubiger, sich in die gesellschaftsinterne Ordnung einzumischen, um andere Personen als die wirkliche Schuldnerin zur Deckung ihrer Forderungen zu belangen. Anders sieht es aber aus, wenn es der Gesellschaft deshalb nicht mehr möglich ist, ihre Schuldner zu befriedigen, weil ihre eigenen Organe in solcher Weise wirt-

(1) Forstmoser/Meier-Hayoz, Grundriss, 183 ; Funk Art. 725 N 2

(2) Funk Art. 725 N 2 ; SAG 14(1941) 65

(3) OR 758 ; Pra 51(1962) 132 und SAG 35(1962/63) 176 ff.; oben (§3/IV/B, S.69)

schafteten, dass die Gesellschaft in den Konkurs getrieben wurde.
Der Anspruch der Gläubiger geht auch im Konkurs nur auf Deckung der Forderungen, die eigentlich von der Gesellschaft zu leisten wäre. Das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist deshalb vom Bestand einer Forderung gegenüber der Gesellschaft abhängig. Die Tatsache nun, dass die schädigenden Handlungen der verantwortlichen Personen ursächlich oder mitursächlich für die Ueberschuldung und damit für den Konkurs der Gesellschaft sind, hat den Gesetzgeber bewogen, den Konkursgläubigern das Recht einzuräumen, jenen Betrag, durch welchen die Gesellschaft infolge der widerrechtlichen Handlungen ihrer Organe oder Gründer schlechtergestellt worden ist, zur Deckung der Konkursforderungen einzuholen.
Hat anderseits die Gesellschaft selber oder einzelne Aktionäre den Ersatzanspruch mit Erfolg geltend gemacht, so steht den Gläubigern - mangels eines Schadens - im Konkurs der Gesellschaft kein Anspruch mehr zu. Freilich kann in diesem Fall der Schaden nur dann als behoben gelten, wenn der geleistete Ersatz adäquat ist.

2. Rechtliche Klassierung

Der Konkursausbruch bewirkt, dass kraft des Beschlagsrechts sämtliches Vermögen der Gesellschaft in eine einzige Masse fällt, welche den Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung dient. Alles, was einen Vermögenswert hat, alle Ansprüche und Rechte der Gemeinschuldnerin werden zu Teilen der Konkursmasse; sie sind in ihrem ganzen Umfang und ihrem Wesen nach unverändert in die Masse einzubeziehen.
In der Hauptsache besteht die Masse aus den liquidationsfähigen Vermögensrechten der Gemeinschuldnerin. Dazu ge-

hören auch die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber den in OR 753/54 bezeichneten Personen(4). Ausnahmsweise gibt es aber auch Ansprüche, die im Konkurs verfolgt werden können, die dem Konkursiten selbst nie zugestanden haben. So erwachsen die Anfechtungsansprüche nach SchKG 285 ff. der Gesamtheit der Gläubiger anlässlich der Konkurseröffnung. Andere Ansprüche, wie die Steigerungsausfallforderungen (Art. 131 VZG), erwachsen der Konkursmasse sogar erst im weiteren Verlauf des Konkursverfahrens(5). Auch der Anspruch jedes Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens entsteht gemäss OR 758 im Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Zur Klärung dieses Anspruchs wollen wir ihn im folgenden mit dem paulianischen Anfechtungsanspruch vergleichen.

a) Die Anfechtungsklage

aa) Begriff und Zweck

Gleich dem Arrest (SchKG 271 - 281) ist die Anfechtungsklage ein Hilfs- und Schutzmittel der Gläubiger. Anders als der Arrest aber bezieht sich die Anfechtungsklage nicht auf Vermögensobjekte des Schuldners, die der Zwangsvollstreckung unterliegen, sondern auf Objekte, die aus dessen Vermögen ausgeschieden sind(6). Die Anfechtungsklage ermöglicht, dass Vermögensgegenstände, die durch an sich rechtsgültige Akte des Schuldners aus seinem Vermögen ausgeschieden sind, dem allgemeinen Beschlagsrecht der Gläubiger wieder zugeführt werden können(7). Die vom

(4) R.Picenoni 196 f.; Meier-Wehrli 96 FN 65 ; Henze 89 und 109 f.; Favre § 48 IV, 311

(5) Ziegler 70

(6) Brand SJK Nr.742, I Ziff.1

(7) Fritzsche II 274, 276 ; Blumenstein 855

Gesetz vorgesehene Möglichkeit, Rechtshandlungen des Schuldners anzufechten, zielt auf die virtuelle Wiederherstellung des Rechtszustandes vor der anfechtbaren Handlung ab(8). Es sollen jene Vermögensteile, die durch das anfechtbare Geschäft der Zwangsvollstreckung entzogen wurden, den formell legitimierten Gläubigern wieder zugeführt werden. Dadurch wird das Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsbeklagten zwar nicht ungültig, der erfolgreiche Anfechtungskläger hat dieses indessen nicht zu beachten; er hat das Recht, die dem Anfechtungsbeklagten übertragenen Vermögensteile so zu behandeln, als ob sie immer noch dem Schuldner gehörten(9). Die Wirkung der Anfechtungsklage ist persönlicher und nicht dinglicher Art.

bb) Rechtsnatur

Ihrem Wesen nach ist die Anfechtungsklage subsidiär und akzessorisch. Subsidiär insofern, als ein Rechtsgeschäft, das einem der Tatbestände von SchKG 286 ff. zuzuordnen ist, nur dann angefochten werden kann, wenn der Schuldner fruchtlos gepfändet wird oder in Konkurs geraten ist. Ausser Konkurs ist das Anfechtungsrecht ein Akzessorium zu jedem provisorischen und definitiven Pfändungsverlustschein(10), und im Konkurs ist es ein Akzessorium zu jeder Konkursforderung(11). Das Anfechtungsrecht besteht demnach nur, wenn ein Gläubiger im Besitze eines Pfändungsverlustscheines ist oder wenn ein Gläubiger die

(8) Brand aaO, I Ziff.1

(9) Fritzsche II 276 ; Brand aaO, I Ziff.1 ; Blumenstein 866

(10) nicht aber zu einem Konkursverlustschein; vgl. Fritzsche II 274

(11) Brand aaO, I Ziff.2 und SJK Nr.743, S.2 ; Fritzsche II 278 f. ; Reichel 285 N 9

Eigenschaft eines Konkursgläubigers einnimmt. Das Anfechtungsrecht ist akzessorischer Natur; es ist ein Nebenrecht zu jedem Pfändungsverlustschein und zu jeder Konkursforderung.

b) Die Klage des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens

aa) Begriff und Zweck

Die Klage des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist ein Hilfs- und Schutzmittel(12). Sie befähigt ihn, aus eigenem Recht Vermögensteile des Schuldners dem allgemeinen Beschlagsrecht der Gläubiger wieder zuzuführen, die auf bestimmte Weise aus dem schuldnerischen Vermögen ausgeschieden sind.
Die Klage des Gläubigers ist eine Schadenersatzklage, die im Zeitpunkt des Konkursausbruchs entsteht (OR 758). Als Schadenersatzklage setzt sie einen Schaden voraus, welcher bei der Konkurseröffnung noch vorliegen muss. Der Schaden selber ist direkt der konkursiten Gesellschaft erwachsen und wirkt sich reflexweise auf die vermögensrechtliche Situation der Gläubiger aus. Der Schaden muss ferner auf widerrechtliche Handlungen oder Unterlassungen der in OR 753/54 bezeichneten Personen zurückzuführen sein, und er muss von den Verantwortlichen deshalb ersetzt werden, weil infolge der Schädigung das exekutionsfähige Vermögen der Gemeinschuldnerin geschmälert wurde, wodurch die Rechte der Konkursgläubiger verletzt sind.
Das Recht des Gläubigers, im Konkurs der Gesellschaft die Verantwortlichen auf Ersatz des mittelbaren Schadens zu belangen, besteht unabhängig davon, ob der Gesellschaft selber ein Anspruch auf Ersatz des (unmittelbaren) Schadens

(12) Siegwart Einleitung zu Art. 620-659 N 251

zusteht. Der Anspruch des Gläubigers entsteht im Zeitpunkt des Konkursausbruchs und dient der Wahrung seiner legitimen Rechte.
Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist seinem Begriff und seiner Funktion nach mit dem Anfechtungsrecht gemäss SchKG 285 ff. zu vergleichen; dieses entsteht auch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung und ermöglicht in ähnlicher Weise, dass Vermögenswerte des Schuldners, die durch anfechtbare Rechtsgeschäfte der Zwangsvollstreckung entzogen wurden, den formell legitimierten Konkursgläubigern wieder zugeführt werden(13).

bb) Rechtsnatur des Anspruchs

aaa) Grundsätzliches

Die Klage des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist subsidiär und basiert auf dem akzessorischen Anspruch.
Akzessorietät als Natur eines Rechts bedeutet, dass ein Recht nur zusammen mit einem anderen Recht besteht. Der akzessorische Anspruch besteht als Ausfluss eines ihn begründenden Rechts, und seine Geltendmachungsmodalitäten ergeben sich aus der Funktion, die er zur Durchsetzung des ihn begründenden Rechts zu erfüllen hat.

bbb) Akzessorietät des Anspruchs

Der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des mittelbaren Schadens kann im Gesellschaftskonkurs nicht eingegeben werden; er ist ein Nebenrecht zur Konkursforderung, dient der möglichst hohen Deckung der Konkursforderung und rich-

(13) Blumenstein 617

tet sich gegen die verantwortlichen Personen. Damit, dass das Gesetz den Gläubigern das Recht einräumt, im Gesellschaftskonkurs gegen die verantwortlichen Personen vorzugehen, meint es, dass dazu alle Personen befugt sind, die bei Konkursausbruch gegenüber der Gesellschaft noch unbefriedigte Forderungen haben, die durch das Konkursverfahren und nach Massgabe des liquidationsfähigen Vermögens zu erfüllen sind. Der Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden richtet sich gegen die verantwortlichen Personen und nicht gegen die Gesellschaft, weshalb niemand gestützt auf einen solchen Anspruch, Gesellschaftsgläubiger sein kann.

Der Verantwortlichkeitsanspruch ist seiner Natur nach nichts anderes als ein Nebenrecht zu jeder Konkursforderung. Sein Bestand hängt vom Bestand einer Konkursforderunf ab, und mit der Uebertragung der Konkursforderung auf einen Dritten, geht auch der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens über.

ccc) Subsidiarität des Klagerechts

Der Verantwortlichkeitsanspruch des Gläubigers ist ein Akzessorium zu seiner Forderung gegen die Gesellschaft. Weil er aber nur geltend gemacht werden kann, wenn über der Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist, ist das aus dem Anspruch fliessende Klagerecht subsidiär. Die Subsidiarität besteht also darin, dass der Schaden, welchen die verantwortlichen Personen verursacht haben, von ihnen auf Klage eines Gläubigers hin, nur dann zu ersetzen ist, wenn die Gesellschaft ihre fälligen Zahlungen eingestellt hat und sie daher in Konkurs steht. Dieser Regelung liegt

die Ueberlegung zugrunde, dass die schädigenden Handlungen der Verantwortlichen ursächlich oder zumindest mitursächlich für den Konkursausbruch sind und infolge des Konkursausbruchs das Prinzip der Nichteinmischung der Gläubiger in gesellschaftsinterne Angelegenheiten nicht mehr aufrechterhalten werden muss.

Das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen berechtigt die Gläubiger nicht schlechthin zur Schadenersatzforderung. Nebst dem vorhandenen Schaden, der auf das widerrechtliche Verhalten der Verantwortlichen zurückzuführen ist, muss die Gesellschaft überdies in Konkurs geraten sein. Nur unter der Voraussetzung, dass beide Elemente - Schaden und Gesellschaftskonkurs - vorliegen, steht den Gläubigern das Recht zu, Klage zu erheben.

c) Schlussfolgerung

Wie die vorangegangene Gegenüberstellung beweist, ist das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens dem Anfechtungsrecht wesensähnlich. Beide Klagen sind als Schutzmittel der Gläubiger konzipiert und befähigen diese, nicht mehr vorhandene Vermögenswerte des Schuldners aus eigenem Recht der Masse wieder zuzuführen. Anhand dieser Klagen kann das exekutionsfähige Vermögen zugunsten der Gesamtheit der Konkursgläubiger vergrössert werden, was eine bessere Deckung der kollozierten Forderungen ermöglicht.
Sowohl der Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden als auch der Anfechtungsanspruch sind Nebenrechte zu einer Konkursforderung und demnach vom Bestand der Konkursforderung abhängig. Die beiden Rechte unterscheiden sich freilich hinsichtlich der Vermögensteile, die sie der Masse wieder zuzuführen vermögen. Die Anfechtungsklage kann ausgeschiedene Vermögensteile remobilisieren, die entweder

verschenkt wurden (SchKG 286) oder die auf einem Rechtsgeschäft beruhen, das im Zeitpunkt der Ueberschuldung des Schuldners abgeschlossen wurde (SchKG 287), oder deren Ausscheidung in der Absicht der Benachteiligung einzelner Gläubiger erfolgte(SchKG 288). Die Klage aus OR 756 indessen, gibt den Gläubigern das Recht, von den verantwortlichen Personen Ersatz des Schadens zu verlangen, den sie der Gesellschaft direkt und den Gläubigern reflexweise, somit indirekt, zugefügt haben(13a).

B. Rechtsnatur und Beweislast

1. Allgemeines

Wie wir vorstehend (§2/III) schon in Zusammenhang mit dem individuellen Schaden feststellen mussten, ist gerade hinsichtlich der Beweislast die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklagen stark umstritten. Dasselbe gilt sinngemäss für den mittelbaren Schaden.
Der Gesetzgeber hat es anlässlich der Aktienrechtsrevision vom Jahre 1936 - offensichtlich absichtlich - unterlassen, eine Vorschrift über die Beweislast in das Gesetz aufzunehmen(14). Es ist anzunehmen - und diese Annahme wird durch die klar ersichtliche Uneinigkeit der Experten in den Materialien erhärtet - dass der Verzicht auf die Beweislastregelung ein pragmatischer Entscheid war, weil hier einfach keine gemeinsame Meinung gebildet werden konnte. So klaffen denn auch im Schrifttum die Ansichten weit auseinander. Obwohl wir uns im Rahmen dieser Arbeit mit dem mittelbaren Schaden beschäftigen, ist es auch für uns nicht ohne Belang, ob die Haftung der verantwortlichen Personen

(13a) In gewissen Fällen kann es sein, dass ein Verantwortlichkeitsanspruch sich aus einer Handlung herleitet, die zugleich einen Anfechtungstatbestand gemäss SchKG 285 ff. darstellt. Welchen Anspruch die Konkursverwaltung dann durchsetzen soll ergibt sich aus den Umständen jedes Einzelfalles, vgl. Schmid 75 f.

(14) Botschaft 62

für den unmittelbaren Schaden eine vertragliche, eine deliktische oder eine gesetzliche sei. In diesem Zusammenhang interessiert uns insbesondere die Natur des Gesellschaftsanspruchs.

Prinzipiell sind alle drei Ansichten vertretbar; es hängt davon ab, von welchen Grundüberlegungen man ausgeht. So ist es vor allem entscheidend, ob man die notwendige Organisation der Körperschaft eher als eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und ihren Organen betrachtet(15) oder ob man das vertragliche Element als geringfügiger wertet und mehr auf die Tatsache abstellt, dass die Rechtsstellung der Organe weitgehend durch das Gesellschaftsrecht selber festgelegt ist(16). Je nachdem wird man zwischen der Gesellschaft und ihren Organen ein vertragliches Verhältnis bejahen, oder man leitet aus den gesetzlich und statutarisch zum voraus positivierten Pflichten eine Haftung ex lege der Verantwortlichen ab(17). In entsprechender Weise wirken sich diese Ueberlegungen auf die unmittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger aus: Haften die Verantwortlichen der Gesellschaft gegenüber ex lege, so haften sie auch den Aktionären und Gläubigern gegenüber ex lege. Zieht nämlich das schadensstiftende Schlecht- oder Nichterfüllen der gesellschaftlichen Funktionen durch die Organe von Gesetzes wegen eine Haftung nach sich, so ist der Anspruchsgrund für alle Berechtigten derselbe. Nimmt man aber an, dass die Pflichten der Organe auf einem Vertrag mit der Gesellschaft beruhen, so ist der Anspruch der nicht am Vertrag partizipierenden Aktionäre(18)

(15) W.v.Steiger in ZBJV 91bis(1955) 353 f.

(16) Becker Art. 394 N 3 ; Siegwart NZZ

(17) Schluep 90 FN 34 ; Wilhelm 125 f.; Bürgi Art. 753/54 N 15 ; oben (§2/III/D, S.28 ff.)

(18) Abgesehen von einer Theorie, die in den dreissiger Jahren entstand und in Anlehnung an die monistische Theorie ein echtes vertragliches Verhältnis zwischen

und Gläubiger ein deliktischer(19). Auf dieses, von einem Teil der Lehre als stossend empfundene Resultat, wurde korrigierend eingewirkt, indem der Vertrag zwischen der Gesellschaft und den Organen auf die Aktionäre und Gläubiger ausgedehnt wurde. M.a.W. das Prinzip der "res inter alios acta" wurde zugunsten eines befriedigenden Ergebnisses durchbrochen(20).
Wie ersichtlich bringt die Lösung von der ex lege Haftung die klarste Lösung. Allein, sie geht von der Grundlage aus, dass die Organisation der Aktiengesellschaft nicht auf einem Vertrag beruhe, sondern gesetzliche vorgegeben sei, eine Grundlage also, die (noch) viele Gegner hat.

2. Die Unerheblichkeit der Rechtsbeziehung zwischen den Gläubigern und den verantwortlichen Personen für den mittelbaren Schaden

a) Gesellschaft und verantwortliche Personen

Dass die geschädigte Gesellschaft von den verantwortlichen Personen Schadenersatz beanspruchen kann, ist nicht aussergewöhnlich. Ist doch im Rahmen des ganzen Obligationenrechts jeder unmittelbar Geschädigte befugt, von den Pflichtigen die Ersetzung des erlittenen Schadens zu verlangen. Zu Recht verlangt daher auch eine Gesellschaft von ihren Organen, dass diese den gesetzlichen und statutarischen Pflichten nachleben, und mit dem gleichen Recht kann die Gesellschaft von ihren Organen und Gründern die Ersetzung des Schadens verlangen, den diese in Missachtung ihrer Obliegenheiten der Gesellschaft zugefügt haben.

den Aktionären und den Organen bejahte. Vgl. Goldschmidt 121 ff.; oben §2 FN 39

(19) Meier-Wehrli 72 ff.

(20) Vigier 57 ; Fehr 148 ; Frick 21 ; Henggeler ; Kaeslin 85 ; Bericht I 86

Die Natur der Haftung richtet sich nach dem Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Verantwortlichen. Die Verjährung ist zwar für alle Verantwortlichkeitsklagen einheitlich geregelt (OR 760), während die Beweislast je nach dem anspruchsbegründenden Verhältnis verschieden ist.
Haftungsfälle aus OR 753 werden von der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung als Verletzungen von allgemeinen Rechtspflichten betrachtet. Verstossen daher die Gründer gegen Gebote, die zum Schutze der Allgemeinheit aufgestellt worden sind, so verstossen sie gegen die allgemeine Rechtsordnung und haften aus unerlaubter Handlung(21). Demgegenüber richten sich die Klagemodalitäten der Haftungsfälle nach OR 754 gemäss den Regeln von OR 97 (Vertrag oder ex lege). Mit Siegwart(22) sind wir indessen eher der Ansicht, dass die Haftungsverhältnisse des Körperschaftsrechts eigener Art sind und daher auch nicht den beiden klassischen Typen untergeordnet zu werden brauchen(23).

b) Gläubiger und verantwortliche Personen

aa) Allgemeines

Zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage muss abgeklärt sein, welcher Partei die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens aufzuerlegen ist. Ist die Beweislast nicht gesetzlich geregelt, so leitet sie sich aus der Rechtsnatur des Anspruchs ab.

(21) Oben §2 S.30 FN 24

(22) Siegwart NZZ (Zitat vorstehend in §2 S.31 FN 26) ; Becker Art. 394 N 3 ; Wilhelm 125 f.

(23) Vgl. die Ausführungen in (§5/I/B/1) und (§2/III/D/2)

bb) Beim unmittelbaren Schaden

Wirkt sich das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen unmittelbar in der Vermögensmasse der Gläubiger aus, so besteht die daraus sich ergebende Schadenersatzforderung unabhängig davon, ob der Gläubiger überdies eine Rechtsbeziehung zur Gesellschaft unterhält. Die Klagemodalitäten richten sich nach dem anspruchsbegründenden Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und verantwortlichen Personen.
In concreto gelten die Beweisregeln von OR 97, sofern die Haftung eine gesetzliche ist(24), oder jene von OR 41, sofern die Haftung eine deliktische ist(25).

cc) Beim mittelbaren Schaden

Auch beim mittelbaren Schaden ist grundsätzlich der Rechtsnatur des Anspruchs zu entnehmen, welcher Partei der Verschuldensnachweis obliegt. Die Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs aus mittelbarem Schaden ist aber die eines Akzessoriums zum Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft, weshalb auch dieses Rechtsverhältnis den Anknüpfungspunkt für den Bestand und die Ausgestaltung des Verantwortlichkeitsanspruchs bildet. Der mittelbare Schaden der Gläubiger ist immer in erster Linie der Gesellschaft erwachsen, wovon auch dann auszugehen ist, wenn die Gesellschaft mit der Schädigung einverstanden war und sie aufgrund ihres Wissens und Wollens nicht gegen die Verantwortlichen vorgehen kann. Der mittelbare Schaden trifft die Gläubiger immer nur reflexweise, und er kann von ihnen nur geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft infolge der Schädigung nicht mehr in der Lage ist, den Gläubigern das zu geben, was ihnen zusteht.

(24) Die vertragliche scheidet aus, denn zwischen Gesellschaftsgläubigern und verantwortlichen Personen besteht kein Vertrag

(25) So auch Torrente/Pescatore art. 2394 CCI N 2 bezüglich der Klage aus art. 2395 CCI

Es spielt sodann keine Rolle, ob die Gesellschaft selber auch zur Klage legitimiert ist oder nicht. Ein Schaden liegt immer schon dann vor, wenn faktisch das Gesellschaftsvermögen gelitten hat und mittelbar geschädigte Personen zur Verantwortlichkeitsklage berechtigt sind.
Haben die Gläubiger das Recht, im Gesellschaftskonkurs von den verantwortlichen Personen den Ersatz des Schadens zu verlangen, den diese im Grunde genommen der Gesellschaft schulden, so ist dafür allein die Tatsache bestimmend, dass durch ihr Verhalten das Gesellschaftskapital zur Tilgung der Schulden nicht mehr ausreicht. Das für die Verantwortlichkeitsklage massgebliche Rechtsverhältnis - sei es vertraglicher oder ausservertraglicher Natur - besteht zwischen den Gläubigern und der Gesellschaft. Fehlen der Gesellschaft die erforderlichen Mittel, um ihre Gläubiger zu befriedigen, weil die verantwortlichen Personen das Gesellschaftsvermögen geschmälert haben, so dürfen die Gläubiger, zum Zwecke ihrer Befriedigung, im Umfang des Schadens gegen die verantwortlichen Personen vorgehen, und zwar nach den Beweisregeln, wie sie auch für die Gesellschaft gelten(25a).

Wie immer die Einforderung im einzelnen ausgestaltet sein mag, liegt der Geltendmachung des mittelbaren Schadens dieselbe Leitidee zugrunde: Anstelle der schuldnerischen Gesellschaft soll auf jene Personen gegriffen werden können, die durch ihr Verhalten die Gesellschaft geschädigt haben und im Umfang der Schädigung somit verunmöglicht haben, dass die Gesellschaft ihre Schulden tilgen kann. Der Verantwortlichkeitsanspruch ist also kein gewöhnlicher Schadenersatzanspruch. Er besteht nur zusammen mit Substanzverlusten im Gesellschaftsvermögen und kann nur geltend gemacht werden,

(25a) Ebenso Bürgi Art. 755 N 9: Ob die Gesellschaft ihren unmittelbaren Schaden geltend macht oder die Aktionäre und Gläubiger ihren mittelbaren, es handelt sich materiell um denselben Schadensfall, weshalb die gleichen Regeln für die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens zur Anwendung gelangen.

wenn die Gesellschaft selber nicht mehr leisten kann. Weil bei Leistungsunmöglichkeit der Gesellschaft die Gläubiger für ihre Forderungen gegen die Gesellschaft auf deren persönliche Schädiger greifen können, ergibt sich auch die Verschuldensbeweislast aus dem Rechtsverhältnis, das zwischen der Gesellschaft und den verantwortlichen Personen besteht.

In zutreffender Weise beschreibt Giancarlo Frè den Unterschied zwischen der Gesellschaftsklage und der Gläubigerklage: "La società ha infatti il diritto che gli amministratori svolgano la loro attività in maniera conforme alle disposizione della legge e dell' atto costitutivo e, in difetto, può pretendere da essi il risarcimento dei danni che gliene siano derivati, mentre i creditori sociali hanno unicamente il diritto di essere soddisfatto dagli amministratori se ed in quanto il loro credito non possa essere soddisfatto dalla società perchè questi ultimi, venendo meno ai loro doveri, ne hanno menomato il patrimonio"(26).

Ist eine Person für ihre Konkursforderung nicht definitiv weggewiesen worden, so ist sie berechtigt, ihre kollozierte Forderung mittels der Verantwortlichkeitsklage zu realisieren; dies freilich unter Beachtung der konkursrechtlichen Bestimmungen, aber gemäss den Beweisregeln, wie sie auch für die Gesellschaft gelten.
In den Haftungsfällen von OR 754 wird das Verschulden daher immer präsumiert, und es ist Aufgabe der eingeklagten Organe zu beweisen, dass sie kein Verschulden treffe(27). Richtet sich die Gläubigerklage gegen die Gründer (OR 753), so gelten entweder die Beweisregeln nach OR 41 aufgrund des ausservertraglichen Verhältnisses der Gesellschaft zu

(26) Frè art. 2394 CCI p.498

(27) Aufgrund des Vertrages zwischen der Gesellschaft und ihren Organen oder ex lege.

den Gründern oder gemäss dem Prinzip der ex lege Haftung jene von OR 97 (28).

3. Die Regelung im italienischen Recht

a) Rechtsnatur des Anspruchs

Das Recht, das der Codice civile in seinem art. 2394 I und II den Gläubigern einräumt, beruht darauf, dass diese von den amministratori in der Form von Schadenersatz den Betrag verlangen können, der ihrer Forderung gegen die Gesellschaft entspricht, und welche von der Gesellschaft deshalb nicht mehr erfüllt werden kann, weil die amministratori durch ihr schädigendes Verhalten das Gesellschaftsvermögen ruiniert haben(29).
Das Zugriffsrecht der Gläubiger hat auch hier insofern keinen eigenen Bestand, als es eben davon abhängt, dass die Gläubiger von ihrer eigentlichen Schuldnerin nicht mehr befriedigt werden können, weil die amministratori in schädigender Weise ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt haben.
Der Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden ist seiner Natur nach ein Akzessorium zu jeder Forderung gegen die Gesellschaft.

b) Beweislast

Dem klagenden Gläubiger obliegt es darzutun, dass das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der Schuld nicht ausreicht, dass ferner die amministratori, entgegen ihrer Pflicht, die Vermögenssubstanz der Gesellschaft nicht erhalten haben und dass zwischen den genannten beiden Elementen ein Kausal-

(28) Vgl. die Ausführungen in (§5/I/B/1, S.105 ff.)

(29) Frè art. 2394 CCI p.499 (genaues Zitat oben in §4, S.93 zu FN 39)

nexus besteht(30). Das Verschulden aber wird vermutet, und es obliegt den amministratori zu beweisen, dass sie keine Schuld trifft: "..., non potrà dunque farsi carico all' attore di provare anche quale degli amministratori sia colpevole delle violazione stessa. Spetterà invece agli amministratori convenuti provare che sono immuni da colpa..."(31).

Die praxisorientierte Argumentation dieser Beweislastverteilung läuft darauf hinaus, dass in den häufigen Fällen der nur fahrlässigen Pflichtverletzungen, es den Gläubigern praktisch unmöglich wäre, den Schadenersatz zu realisieren, wenn sie zudem das Verschulden zu beweisen hätten. Müsste doch die vorwerfbare Fahrlässigkeit konkret ersichtlich und abschätzbar sein, und ein Beweis würde regelmässig nicht vorliegen, wenn im nachhinein aufgezeigt würde, dass sich die amministratori in einer bestimmten Situation verspekuliert hatten oder dass eine Aktion nicht die Resultate zeitigte, die sich die amministratori davon versprochen hatten. "Non sarà in somma sufficiente che l'operato degli amministratori appaia criticabile quando gli avvenimenti successivi dimostrino che essi avrebbero dovuto nell' interesse della società comportarsi diversamente, ma bisognerà che i creditori sociali possano contestare agli amministratori delle mancanze positive ed indiscutabili"(32).

Die rechtliche Erklärung der Beweislastverteilung wird aber auch für das italienische Recht darin zu erblicken sein, dass sich die Klagemodalitäten nach dem Rechtsverhältnis beurteilen, das zwischen der Gesellschaft und ihren amministratori besteht, und das ist wohl ein vertragliches.

(30) Alessi/Manzella/Marino art. 2394 CCI N 3 ; Frè art. 2394 CCI p.500

(31) Frè art. 2394 CCI p.500

(32) Frè art. 2394 CCI p.498 ff.

Die den Verantwortlichkeitsanspruch begründende Norm ist das Schuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern, und ermächtigt das Gesetz die Gläubiger aus dieser Norm gleich der Gesellschaft (art.2392 und 2393 CCI) gegen deren persönliche Ersatzpflichtige vorzugehen, so müssen auch die gleichen Modalitäten wie für die Gesellschaft gelten.

4. Die Regelung im deutschen Recht

a) Rechtsnatur des Anspruchs

Der italienischen Version sehr ähnlich erkennt auch § 93 V Satz 1 AktG den Gesellschaftsgläubigern das Recht zu, den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Verwaltung geltend zu machen, soweit von dieser keine Befriedigung zu erlangen ist.

Auch im deutschen Recht ist davon auszugehen, dass das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens kein für sich allein bestehendes Recht ist, sondern - wie der gesetzliche Wortlaut deutlich zum Ausdruck bringt - nur unter der Bedingung besteht, dass die Gesellschaft selber zahlungsunfähig oder überschuldet ist(33). Das Recht der Gläubiger, gegen den Vorstand vorzugehen, existiert demnach nur im Zusammenhang mit einer untilgbaren Forderung gegen die Gesellschaft. Somit muss auch nach deutschem Recht dem Verantwortlichkeitsanspruch des Gläubigers aus mittelbarem Schaden die akzessorische Rechtsnatur attestiert werden.

Liegen die Voraussetzungen nach § 93 V Satz 1 AktG vor, so ist jeder Gläubiger befugt, den Gesellschaftsanspruch in der Höhe seiner Forderung gegen die Gesellschaft gegenüber den ersatzpflichtigen Vorstandsmitglieder geltend zu machen,

(33) Hefermehl AktG Bd.II § 93 Anm. 70/71 ; Schilling in Grosskomm. AktG § 93 Anm. 46

und zwar unter Leistung an sich selbst(34). Demgegenüber verlangt das OR in seinem Art. 756, dass der ganze Anspruch von der Konkursverwaltung oder von einzelnen Abtretungsgläubigern für die Konkursmasse einzufordern sei; bei der Geltendmachung durch einzelne Abtretungsgläubiger freilich mit der in SchKG 260 II vorgesehenen Privilegierung am Prozessgewinn in der Höhe der kollozierten Forderung. Einem einzelnen Gläubiger ist es aber verwehrt, Leistung an sich zu verlangen. Dieser Unterschied ist indessen nicht Ausfluss der verschiedenen rechtlichen Natur der Klage nach deutschem und nach schweizerischem Recht; vielmehr ist er die logische Konsequenz dessen, dass der Gläubiger nach deutschem Recht vor der Konkurseröffnung, der Gläubiger nach schweizerischem Recht aber erst nach der Konkurseröffnung klagen kann. Die Klageerhebung nach eröffnetem Konkurs verlangt zwingend, dass die Geltendmachung nach den konkursrechtlichen Vorschriften erfolgt, dass also eine Privilegierung im Sinne der Leistung an sich selbst nur im Rahmen von SchKG 260 II möglich ist. Die Regelung im deutschen Recht schliesst anderseits, mangels eröffnetem Konkurs, die Anwendung von konkursrechtlichen Bestimmungen aus, und jeder Gläubiger ist notwendigerweise berechtigt, seine Forderung im Einzelgang einzutreiben(35).

Der Ersatzanspruch des Gläubigers ist auch nach deutschem Recht kein originäres, selbständiges Recht, sondern ein Recht, dessen Bestand davon abhängt, dass eine Grundforderung gegen die Gesellschaft besteht, die von dieser

(34) Hefermehl aaO, Anm. 72 ; Schilling aaO Anm. 45

(35) Eine Regelung, wie sie in OR 755 für die Aktionärklage besteht, wäre zwar auch hier für die Gläubigerklage denkbar, in Anbetracht der Gesellschaftslage aber wenig sinnvoll.

nicht befriedigt werden kann. Der Ersatzanspruch des Gläubigers hat auch nach deutschem Recht eine blosse Hilfs- und Schutzfunktion; er hilft, eine bestehende Forderung zu decken, und teilt in vollem Umfang das rechtliche Schicksal dieser Forderung. Dieses Recht ist wie nach italienischem und schweizerischem Recht ein Akzessorium zur Forderung gegen die Gesellschaft.

b) Beweislast

Nach § 93 II Satz 2 AktG ist es Sache der Vorstandsmitglieder, der klagenden Gesellschaft zu beweisen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Die gleiche Beweislastregel gilt auch für den Gläubiger, der aufgrund der Voraussetzungen des Absatzes V Satz 1 klagt. Zu beweisen hat der Gläubiger nur, dass ihm eine Forderung gegen die Gesellschaft zusteht, dass er von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann und dass durch ein Verhalten des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds ein Schaden entstanden ist(36).
Die herrschende deutsche Lehre begründet diese Beweislastregelung allerdings damit, dass der Gesellschaftsgläubiger nach dem unmissverständlichen Wortlaut des § 93 V Satz 1 AktG nicht einen eigenen Anspruch geltend mache, sondern nur den Anspruch der Gesellschaft, und dass deshalb an den Nachweis dieselben, insbesondere aber keine höheren Anforderungen zu stellen seien(37). Wie schon in §4/IV/B, S. 96 angetönt wurde, ist es unmassgeblich, ob man das Gläubigerrecht als eigenen Anspruch oder als vom Gesellschaftsanspruch abgeleitetes Klagerecht betrachtet, da

(36) Hefermehl AktG Bd.II § 93 Anm. 33/77 ; Schilling in Grosskomm. AktG § 93 Anm. 47

(37) Schilling aaO, Anm. 47

sein Bestand ohnehin vom Bestehen einer untilgbaren Forderung gegen die Gesellschaft abhängt, es insofern nie ein selbständiges, sondern immer ein akzessorisches Dasein führt und die Beweislast daher gleich verteilt sein muss wie beim Gesellschaftsanspruch.

II DER AKTIONAERANSPRUCH

A. Allgemeines

Wir haben bisher festgestellt, dass das Recht der Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens ein Nebenrecht zu jeder Konkursforderung ist und dass es insofern mit dem Anfechtungsanspruch verglichen werden kann.
Ein Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens räumt unser Gesetz aber auch den Aktionären ein, wobei der markanteste Unterschied zum Gläubigerrecht darin besteht, dass die Aktionäre nicht den Konkurs abzuwarten brauchen, sondern in der aufrechtstehenden Gesellschaft die Ersatzleistung der Verantwortlichen an die Gesellschaft verlangen können.
Verfügen zwei verschiedene Personenkreise über das gleiche Recht, so muss dieses Recht grundsätzlich dieselbe Rechtsnatur haben(38). Die Anfechtungsklgage kann freilich nicht als Vergleichsbasis für den Aktionäranspruch dienen, da sie als zwangsvollstreckungsrechtliches Schutzmittel ein ausschliessliches Gläubigerrecht ist und in der aufrechtstehenden Gesellschaft zudem keine Bedeutung hat. Ihre Rechtsnatur aber, die mit der Rechtsnatur des Gläubigeranspruchs identisch ist, kann - ungeachtet der sonstigen Unterschiede - der Rechtsnatur des Aktionäranspruchs entsprechen.

(38) Bürgi Art. 755 N 7: "Das Klagerecht von Aktionären und Gläubigern muss selbstverständlich in gleicher Weise ausgelegt werden, wird es doch beiden Gruppen im Gesetzestext mit den selben Worten zuerkannt."

B. Die Klageerhebung durch den Aktionär

1. In zeitlicher Hinsicht

a) Ausser Konkurs

Laut OR 755 ist der Aktionär berechtigt, in der aufrechtstehenden Gesellschaft gegen die verantwortlichen Personen vorzugehen und zu verlangen, dass diese den zu vertretenden Schaden der Gesellschaft ersetzen.
Der Bestand des Klagerechts hängt davon ab, dass die Generalversammlung die verantwortlichen Personen nicht gültig entlastet hat oder dass im Falle der erfolgten Entlastung keiner der drei Tatbestände des Art. 757 OR in der Person des klagenden Aktionärs vorliegt: Zustimmung des Aktionärs zum Entlastungsbeschluss, Erwerb der Aktien in Kenntnis der Schlussnahme, unbenützter Ablauf der Klagefrist von sechs Monaten seit der Schlussnahme(39).

b) Die drei Einschränkungen des Art. 757 OR

aa) Fehlende Zustimmung

Die Erhaltung des Klagerechts des Aktionärs setzt voraus, dass dieser dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt hat. Spezielle Einsprachen gegen die Beschlussfassung sind dagegen nicht erforderlich, die blosse fehlende Zustimmung genügt(40).

bb) Aktienerwerb ohne Kenntnis der Schlussnahme

Wer in Kenntnis der Schlussnahme Aktien erwirbt, verliert das Klagerecht aus mittelbarem Schaden. Kenntnis hat aber nur derjenige, der nicht nur über die formelle Beschlussfassung Bescheid weiss, sondern über die Tragweite der Entlastung

(39) F.v.Steiger, Recht der AG, 268 ; Meier-Wehrli 92 ff.
(40) Guhl 655 ; Funk Art. 757 N 1

und die näheren Umstände, unter denen sie zustande kam, informiert ist(41). Wichtig ist insbesondere, dass das subjektive Wissen desjenigen, der Aktien erwirbt, alleiniges Klageausschlussmoment ist und die Frage, ob der Rechtsvorgänger klageberechtigt war oder nicht, davon unberührt bleibt(42).

cc) Fristgemässe Klageerhebung

Liegen die materiellen Voraussetzungen zur Klageerhebung durch den Aktionär vor, so hat er die Klage innert sechs Monaten vom Tage des Entlastungsbeschlusses an zu erheben. Als Klageerhebung gilt jede klägerische Prozesshandlung, durch welche der richterliche Schutz erstmals in bestimmter Form angerufen wird(43).

c) Im Konkurs

Art. 756 OR bestimmt, dass im Gesellschaftskonkurs die Geltendmachung des Anspruchs der einzelnen Gläubiger und Aktionäre vorerst der Konkursverwaltung zusteht und dass bei ihrem Verzicht jeder Aktionär und Gläubiger das Recht hat, die Abtretung des Anspruchs zu verlangen, um diesen im Sinne von Art. 260 SchKG zu verfolgen.
Darunter wird verstanden, dass die Konkursverwaltung entweder nur den Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz ihres eigenen Schadens oder aber auch die Ansprüche der einzelnen Gläubiger und Aktionäre auf Ersatz des mittelbaren Schadens einklagen kann(44). Nach BGE 86 III 161 geschieht die gleichzeitige Geltendmachung der dieselbe Leistung betreffenden

(41) R.Picenoni 176 f.

(42) Meier-Wehrli 95 lit.bb

(43) Funk Art. 757 N 3 ; BGE 68 III 90

(44) Hotz 213 ff.; Meier-Wehrli 96 ff.; Fehr 152 ; Hirsch in Semjud 89(1967) 251 f.; Bürgi Art. 756 N 3 ; BGE 86 III 159 ff., unveröff. BGE vom 7.10.1958, zitiert in BGE 97 II 409

Ansprüche meistens vorsorglich, für den Fall eben, dass dem Anspruch der Gesellschaft, nicht aber auch allen Ansprüchen der Einzelberechtigten Einreden entgegenstehen. Verzichtet die Konkursverwaltung darauf, selber vorzugehen, so sollen sich nicht nur die Gläubiger, sondern - was zu untersuchen sein wird - auch die Aktionäre ihren eigenen Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens von der Konkursverwaltung abtreten lassen können, um ihn nach den Regeln von SchKG 260 geltend zu machen.
Vollkommen unverständlich aber ist die Ansicht in BGE 93 III 61, wonach (auch) die Aktionäre sich neben ihrem eigenen Anspruch überdies den Anspruch der Gesellschaft abtreten lassen können, und dies aufgrund von OR 756 II.

aa) Kontroverse

Die Konkursverwaltung nimmt im Gesellschaftskonkurs die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahr und hat insbesondere dafür besorgt zu sein, dass eine gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger aus der zwangsweisen Liquidation resultiert. Daher entspricht es auch den konkursrechtlichen Bestimmungen, dass die Konkursverwaltung nicht nur den allfälligen Verantwortlichkeitsanspruch der Gesellschaft, sondern auch jenen der Gläubiger zunächt wahrnehmen muss. Gleich wie bei der Anfechtungsklage können die Gläubiger nur dann ihren Anspruch selber geltend machen, wenn die Masse ihrerseits darauf verzichtet hat.
Ob aber die Konkursverwaltung mit dem Aktionäranspruch etwas zu tun hat, ist zu bezweifeln, haben doch die Aktionäre mit dem ganzen Konkursverfahren nichts zu schaffen. Forderungen aus ihren Beteiligungen können nicht kolloziert werden, weshalb ihnen auch ein Mitwirkungs- bzw. Mitspracherecht bei der Durchführung des Konkurses, wie es den Gläubigern eigen ist, fehlt. Vollständig unverständlich wird der gesetz-

liche Wortlaut des Art. 756 OR, wenn man sich vergegenwärtigt, wie eine Abtretung im einzelnen erfolgt(45). Ein Gesellschafter hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf einen Anteil am Liquidationsüberschuss, und ein Liquidationsüberschuss kann sich nur ergeben, wenn nach Befriedigung aller Konkursgläubiger ein Rest verbleibt.

bb) Zu ermittelnder Sinn der Bestimmung

Der wahre Sinn des Art. 756 OR kann es nicht sein, dass im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsansprüchen die Aktionäre die Stellung einer besonderen Gruppe von Konkursgläubigern einnehmen und gleich den Gesellschaftsgläubigern am Konkursverfahren teilnehmen(46).
OR 756 kann nur die Bedeutung haben, dass die Aktionäre mit eröffnetem Konkurs vorerst nicht mehr klagen dürfen und ihnen dieses Recht erst dann wieder zusteht, wenn weder die Konkursverwaltung noch einzelne Abtretungsgläubiger gegen die verantwortlichen Personen vorgegangen sind(47). OR 756 besagt demnach, dass der Konkursausbruch jede Aktionärklage zunächst einmal verunmöglicht, dass er aber nicht auch den gänzlichen Untergang dieses Rechts bewirkt. Das Klagerecht der Aktionäre lebt vielmehr dann wieder auf, wenn feststeht, dass auf eine konkursmässige Verfolgung der Verantwortlichkeitsansprüche verzichtet worden ist, und konkursmässig können Ansprüche nur seitens der Konkursverwaltung bzw. des Gläubigerausschusses oder seitens einzelner Abtretungsgläubiger geltend gemacht werden.

(45) Näheres dazu im dritten Teil

(46) So aber Bürgi Art. 756 N 5

(47) Die Auffassung, dass einem Aktionär das Verfolgungsrecht erst wieder überlassen werden kann, nachdem kein Gläubiger die Abtretung begehrt hat, vertreten F.v.Steiger, Recht der AG, 276 ; R.Picenoni 178 ; Frick 111

Klagt ein Aktionär gegen die verantwortlichen Personen, nachdem im Konkurs auf die Verfolgung verzichtet worden ist, so kann er die Ersatzleistung an sich verlangen(48). Freilich steht ihm nur die Summe zu, die er durch das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen an seinem Anteil am Liquidationserlös der aufrechtstehenden Gesellschaft verloren hat(49). Alles, was ihm darüberhinaus zukommt, ist - sofern die Statuten nichts anderes bestimmen - nach Massgabe des Art. 745 OR an die Aktionäre zu verteilen(50).

cc) Schlussfolgerung

Der Wortlaut des Art. 756 OR ist verwirrend. Im Rahmen einer Revision müsste diese Bestimmung unbedingt klargestellt werden.
Sinn der Bestimmung aber ist der, dass im Gesellschaftskonkurs der Aktionär sein Klagerecht vorerst verliert und von diesem erst wieder Gebrauch machen kann, wenn auf die konkursmässige Geltendmachung verzichtet worden ist. Im Konkurs der AG können aber Verantwortlichkeitsansprüche - wie auch alle übrigen Ansprüche - nur von der Konkursverwaltung bzw. dem Gläubigerausschuss oder dann von einzelnen Abtretungsgläubigern geltend gemacht werden.
Ein Aktionär kann solange keine Verantwortlichkeitsklage erheben, als über die konkursmässige Verfolgung noch nicht negativ entschieden ist. Klageberechtigt ist der Aktionär vor dem Konkursausbruch und nach dem Verzicht auf Verfolgung im Konkurs. In diesem Sinn muss auch der Wortlaut von OR 756 II präzisiert werden, der eine gleichzeitige Ueber-

(48) Fehr 153 ; Meier-Wehrli 105 ; Bürgi Art. 755 N 11
(49) Bürgi Art. 756 N 22
(50) Bürgi Art. 755 N 22

lassung des Verfolgungsrechts an Aktionäre und Gläubiger zuzulassen scheint. Kann doch eine konkursmässige Abtretung im Sinne von SchKG 260 zugunsten eines Aktionärs gar nicht erfolgen, weil jede Abtretung die Kollokation einer Forderung voraussetzt und mitgliedschaftliche Ansprüche des Aktionärs nicht kollozierbar sind.
Es ist indessen nicht nur rechtlich unmöglich, den Aktionär unter die Bestimmungen des Konkursrechts zu stellen, sondern auch praktisch wäre ein solches Vorgehen für den Aktionär ohne Vorteil, da der Prozesserlös zuerst an alle Abtretungsgläubiger gemäss ihrem Rang verteilt werden müsste und nur ein allfälliger Rest ihm zugute käme(51). Die Beteiligung des Aktionärs würde sich daher im wesentlichen auf die Kostentragung beschränken, worin freilich sein Interesse nicht liegt und weshalb er sich gar nicht erst bereit erklären würde, zusammen mit Abtretungsgläubigern zu streiten.
Aus rechtlichen wie aus praktischen Ueberlegungen drängt sich daher der Schluss auf, dass entgegen dem Wortlaut des Art. 756 OR, das Verfolgungsrecht erst dann wieder auf den Aktionär übergeht, wenn auch die Konkursgläubiger darauf verzichtet haben, nach den Regeln von SchKG 260 gegen die verantwortlichen Personen zu klagen.
In ähnlicher Weise ist das Klagerecht der Gläubiger nach italienischem Recht geregelt, welches eine dem Art. 260 SchKG analoge Bestimmung nicht kennt. Die Gläubiger können daher vor und allenfalls nach dem Konkurs, nicht aber während des Verfahrens selbständig vorgehen(52).

(51) Meier-Wehrli 105 ; Fehr 152 f.

(52) Frè art. 2394 CCI p. 501: "..., se la causa sarà ancora pendente dopo la chiusura della procedura fallimentare o di liquidazione, la legittimazione all' esercizio dell' azione ritornerà ai titolari di questa e cioè ai creditori."

Das Marginalium des Art. 756 OR - Geltendmachung des mittelbaren Schadens im Konkurs - trifft auf die Aktionäre dann noch insofern zu, als das Verfolgungsrecht mit erfolgtem Verzicht auf konkursmässige Geltendmachung wieder auf die Aktionäre übergeht, und das ist in der Regel mit unbenütztem Ablauf von zehn Tagen nach der zweiten Gläubigerversammlung der Fall, zu einem Zeitpunkt also, in welchem sich die Gesellschaft noch im Konkurs befindet(53).

2. Praktische Bedeutung

Als Rechtssubjekte, die am Grundkapital der Aktiengesellschaft beteiligt sind, werden die Aktionäre mitbetroffen, wenn das pflichtwidrige Verhalten der verantwortlichen Personen einen Schaden im Gesellschaftsvermögen verursacht hat. Das Recht der Aktionäre, gegen die verantwortlichen Personen zu klagen, ist insbesondere in der aufrechtstehenden Gesellschaft von Bedeutung(54). Das Recht des einzelnen Aktionärs, seinen Anspruch geltend zu machen, besteht neben dem entsprechenden Recht der Gesellschaft. Die Klage des Aktionärs ist also keine subsidiäre; er kann nicht erst dann klagen, wenn die Gesellschaft ihrerseits darauf verzichtet hat, innert Frist die Verantwortlichen zu belangen(55).

(53) Formular für die Einberufung der zweiten Gläubigerversammlung Ziff.8 ; Art. 48 KV ; Favre, § 48 IV Ziff.4 lit.B

(54) Wird im Gesellschaftskonkurs von einer konkursmässigen Verfolgung der Verantwortlichkeitsansprüche abgesehen, so wird auch eine Aktionärklage in der Regel nicht erfolgreich sein. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn der Gesellschaft und den Gläubigern das Wissen zuzurechnen war (BGE 86 III 159), nicht aber einer Minderheit von Aktionären.

(55) Botschaft 61 ; Bürgi Art. 755 N 6

Diese Regelung ist insbesondere deshalb vertretbar, weil die Leistung nur an die Gesellschaft verlangt werden darf(56). Klagen in einem konkreten Fall Gesellschaft und einzelne Aktionäre, so sind die beiden Prozesse zu vereinigen, oder der eine ist bis zum Abschluss des andern zu sistieren(57).
Zur Klage berechtigt ist jeder einzelne Aktionär, unabhängig von der Höhe des von ihm vertretenen Anteils am Grundkapital. Diese freizügige Klagegewährung wird aber dadurch abgeschwächt, dass sich der Streitwert nach dem Gesamtschaden der Gesellschaft bestimmt(58).

Das als Minderheitenschutz konzipierte Verantwortlichkeitsrecht hat von Fall zu Fall eine grössere oder kleinere praktische Bedeutung. Wird z.B. der belasteten Verwaltung nur von einer knappen Mehrheit Entlastung erteilt, so ist das Verantwortlichkeitsrecht der realtiv grossen Minderheit auch praktisch wirksam. In den grossen Publikumsgesellschaften, zu denken ist auch an Grossbanken, kann indessen das Verhältnis der Mehrheit zur Minderheit anlässlich einer Beschlussfassung ohne weiteres ein Verhältnis von 99 : 1 sein(59). In solchen Fällen ist das Verantwortlichkeitsrecht, wie es de lege lata besteht, ein gänzlich untaugliches Schutzmittel für die Minderheit(60). Abgesehen vom hohen Prozessrisiko würde nämlich die Gutheissung der Minderheitenklage gegen die verantwortlichen Personen bewirken, dass zu 99 Prozent jene Aktionäre

(56) OR 755 ; Botschaft 62 ; Prot.Exp.Komm. 445 (Ostertag) ; Bericht II 83

(57) Bürgi Art. 753/54 N 102

(58) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 186 N 16

(59) z.B. Entlastungsbeschluss der SKA-Verwaltung (GV vom 4.4.1978)

(60) Es ist aber nicht ausser acht zu lassen, dass ein wirksamer Schutz einer extremen Minderheit mit dem demokratischen Prinzip kollidieren würde.

vom Prozessgewinn profitieren, die mit der Schwächung ihrer Beteiligungen einverstanden waren, und nur ein einziges Prozent der erstrittenen Leistung stünde zur Stärkung der Aktien der kämpfenden Minderheit zur Verfügung; dies aufgrund der gesetzlichen Bestimmung, dass die Ersatzleistung an die Gesellschaft zu erfolgen hat(61).

3. Rechtliche Bedeutung

a) Begriff und Zweck

Die Klage des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist ein Hilfs- und Schutzmittel gegen unrechtmässig verursachte Substanzverluste der Gesellschaft, die sich mittelbar auf die Vermögensrechte der Gesellschafter auswirken. Als Schadenersatzklage setzt sie einen Schaden im Gesellschaftsvermögen voraus. Ein solcher kann auch dann vorliegen, wenn die Dividendenausschüttung gleich bleibt oder (demonstrativ) sogar erhöht wird. Es ist der effektive Verlust im Gesellschaftsvermögen, der den Schaden verkörpert, denn er schwächt den Wert der Beteiligungen.

aa) Ausser Konkurs

Der Verantwortlichkeitsanspruch des Aktionärs ist in der aufrechtstehenden Gesellschaft so konzipiert, dass der Schadenersatz an die Gesellschaft zu leisten ist; dies nach dem Prinzip, dass indirekter Schaden indirekt zu ersetzen ist(62).

(61) Zweckmässig erscheint uns die Regelung des § 147 I AktG: Eine Minderheit, die 10 % des Aktienkapitals vertritt, kann verlangen, dass die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft geltend gemacht werden.

(62) Meier-Wehrli 86 ; Wyler 42

Mit der Wiederherstellung der gesellschaftlichen Vermögensverhältnisse ist auch der Schaden der mittelbar geschädigten Personen behoben.

bb) Im Konkurs

Die Schadenersatzleistung an die Gesellschaft ist freilich nur solange gerechtfertigt, als die Gesellschaft zur Verfolgung ihres statutarischen Zwckes weiterbesteht und daher auch das Recht des Aktionärs auf einen Anteil am Liquidationsergebnis ein rein potentielles Recht ist. Die konkursite Gesellschaft befindet sich dagegen in der Phase der Auflösung, und mit der vollständigen Durchführung des amtlichen Verfahrens wird sie im Handelsregister gelöscht (63). Konnten sämtliche Schulden getilgt werden und bleibt nach dem Schlusserkenntnis ein Rest, so ist dieser laut OR 745 I, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, unter die Aktionäre zu verteilen, und zwar nach Massgabe der einbezahlten Beträge und im Verhältnis der mit ihren Aktien verbundenen Rechte. Da die festgestellte Liquidationsquote kein potentielles Recht mehr ist, sondern ein gewöhnliches Gläubigerrecht, ist es auch gerechtfertigt, dass mit Bezug auf dieses Gläubigerrecht der Aktionär, der im Gesellschaftskonkurs gegen die Verantwortlichen klagt, die Leistung an sich selbst verlangt. Dies muss aber auch dann gelten, wenn die konkursrechtliche Liquidation ohne Ueberschuss zugunsten der Aktionäre endet. In diesem Fall erhält eben der streitende Aktionär die Ersatzleistung in der Höhe seiner Forderung gegen die Gesellschaft.

In der aufrechtstehenden Gesellschaft dient der Verantwortlichkeitsanspruch des Aktionärs der Wahrung seiner Mitgliedschaftsrechte, und im Konkurs der Gesellschaft hilft er,

(63) Funk Art. 736 N 4 ; F.v.Steiger, Prüfung, 78 f.

sein Gläubigerrecht in jenem Umfang zu schützen, in welchem dieses ohne Schadensereignis gewährleistet wäre.

b) Rechtsnatur

aa) Akzessorietät

Der Anspruch des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist insofern ein unselbständiges Recht, als es von der Aktionäreigenschaft zur Zeit der Klage abhängt. Demgegenüber ist der Anspruch des Aktionärs auf Ersatz des individuellen (unmittelbaren) Schadens ein echtes, für sich allein bestehendes Schadenersatzrecht. Obwohl auch dieser Anspruch nur einem Aktionär entstehen kann - und insofern auch von der Aktionäreigenschaft abhängt - ist er auch dann noch durchsetzbar, wenn der Aktionär mittlerweile seine Beteiligung auf einen Dritten übertragen hat und zur Zeit der Klage nicht mehr Gesellschafter ist.

Der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens des Aktionärs besteht nur zusammen mit seiner Beteiligung und hat die Funktion, seine vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrechte zu schützen. Der Verantwortlichkeitsanspruch des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist ein Nebenrecht zu seiner Beteiligung, und als solches erfährt es das gleiche rechtliche Schicksal wie die Beteiligung. Stimmt der Aktionär z.B. einem Entlastungsbeschluss zu, obwohl mit Sicherheit Verantwortlichkeitsansprüche feststehen, so kommt seiner Zustimmung die Bedeutung zu, dass er mit einer Schwächung seiner Beteiligung einverstanden ist. Gleichzeitig bringt daher der Aktionär das akzessorische Schadenersatzrecht zum Untergang, und zwar in dem Umfang, in welchem die Entlastung erteilt worden ist.

bb) Subsidiarität des Klagerechts

Der Anspruch des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens ist ein Nebenrecht zu seinem Aktienbesitz. In der aufrechtstehenden Gesellschaft ist die daraus fliessende Klagebefugnis nicht subsidiär, denn die Klageerhebung durch den Aktionär erfolgt unabhängig von der Gesellschaftsklage(64).
Ist über der Gesellschaft aber der Konkurs eröffnet worden, so wird sein Klagerecht bis zu jenem Zeitpunkt zurückgedrängt, in welchem feststeht, dass weder die Konkursverwaltung noch einzelne Abtretungsgläubiger Klage erheben wollen. Im Gesellschaftskonkurs ist - anders als in der aufrechtstehenden Gesellschaft - das Klagerecht des Aktionärs subsidiär. Das ergibt sich aus dem Grundsatz, dass der Konkurs im ausschliesslichen Interesse der Gläubiger durchgeführt wird und die Aktionäre erst dann berücksichtigt werden können, wenn nach deren vollständiger Befriedigung ein Rest verbleibt oder mit Bezug auf den Verantwortlichkeitsanspruch, wenn die Gläubigergesamtheit darauf verzichtet hat, diesen geltend zu machen. Dann aber bleibt es jenen Aktionären, die die Voraussetzungen von OR 757 erfüllen, unbenommen, aufgrund ihres eigenen Anspruchs gegen die Verantwortlichen zu klagen.

cc) Gegenüberstellung des Gläubiger- und des Aktionäranspruchs

Sowohl der Gläubiger- als auch der Aktionäranspruch haben eine akzessorische Rechtsnatur. Dieser Anspruch ist ein Nebenrecht zur Rechtsbeziehung, die zwischen den Gläubigern bzw. den Aktionären und der Gesellschaft besteht.

(64) Oben §5 FN 56 ; Botschaft 61

Die Gläubigerklage ist ferner immer subsidiär, weil sie in der aufrechtstehenden Gesellschaft nicht erhoben werden kann und im Gesellschaftskonkurs erst nachdem die Konkursverwaltung darauf verzichtet hat, zugunsten der Gläubigergesamtheit zu klagen.
Die Aktionärklage ist nur im Gesellschaftskonkurs subsidiär, nämlich aufgrund der konkursmässigen Prioritätsstellung der Gesellschaftsgläubiger.

C. Rechtsnatur und Beweislast

1. Beweislast beim unmittelbaren Schaden

Schädigen die verantwortlichen Personen einen Aktionär unmittelbar, so handelt es sich um eine klassische Schadenersatzforderung, die selbst dann geschuldet ist, wenn der Geschädigte zum Zeitpunkt der Klage nicht mehr Gesellschafter ist. Die Klagemodalitäten richten sich nach dem anspruchsbegründenden Verhältnis zwischen Geschädigtem und Ersatzpflichtigem. Es gelten folglich die Beweisregeln von OR 97, sofern die verantwortlichen Personen ex lege haften, oder aber jene von OR 41, sofern die Schädigung als ausservertragliche zu betrachten ist(65).

2. Beweislast beim mittelbaren Schaden

Der Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden ist ein Akzessorium zum Rechtsverhältnis des Aktionärs mit der Gesellschaft, und insofern ist dieses Rechtsverhältnis für den Bestand und die Ausgestaltung des Verantwortlichkeitsanspruchs ausschlaggebend. Das Verantwortlichkeitsrecht des Aktionärs ist kein selbständiges Schadenersatzrecht, sondern hängt davon ab, dass infolge des schädigen-

(65) Oben §5 FN 24/25

den Verhaltens der verantwortlichen Personen die Rechtsbeziehung des Aktionärs zur Gesellschaft in Mitleidenschaft gezogen wird. Diese Rechtsbeziehung ist daher allein massgeblich, dass der Aktionär anstelle der Gesellschaft oder neben ihr veranlassen kann, dass die verantwortlichen Personen den Substanzverlust der Gesellschaft ersetzen müssen, denn der Aktionär ist ebenfalls vom Schaden betroffen, und zwar mittelbar, kraft seiner Rechtsbeziehung zur AG.
Das Klagerecht des Aktionärs hängt daher vom Bestand seiner Rechtsbeziehung zur Gesellschaft ab, und für die Klagemodalitäten gelten die Regeln, die zwischen der Gesellschaft und den verantwortlichen Personen zur Anwendung gelangen.
Bei einem Haftungsfall aus OR 754 hat daher der Aktionär zu beweisen, dass die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat, der aus dem pflichtwidrigen Verhalten der Organe herzuleiten ist. Den Organen obliegt es aber zu beweisen, dass sie keine Schuld trifft(66).
Bei einem Haftungsfall aus OR 753 kommen die Beweisregeln von OR 97 dann zur Anwendung, wenn man davon ausgeht, dass die Haftungsverhältnisse des Körperschaftsrechts eigener Art sind, Haftungsverhältnisse also, die sich aus dem Gesetz selber ergeben. Bei Ablehnung dieser Betrachtungsweise gelten die Beweisregeln von OR 41, da zwischen den Gründern und der Gesellschaft kein vertragliches Verhältnis besteht.

3. Zusammenfassung

Wie ersichtlich, ist es beim Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden ein relativ komplizierter Vorgang, um aus der Rechtsnatur auf die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens zu schliessen. Man hat sich dabei

(66) Haftung ex contractu oder ex lege

an das charakteristische Dreicksverhältnis zu halten: Angelpunkt ist die Gesellschaft, die einerseits zu den verantwortlichen Personen und anderseits zu ihren Aktionären und Gläubigern in einer bestimmten Beziehung steht. Im Schadensfall ist die Gesellschaft, wie jeder unmittelbar Geschädigte, zur Klage gegen die ersatzpflichtigen Verantwortlichen berechtigt.

Darüberhinaus räumt das Gesetz auch den Aktionären und Gläubigern das Recht ein, gegen die Verantwortlichen zu klagen. Dies deshalb, weil ihre Vermögensrechte aus ihrer Beziehung zur Gesellschaft betroffen sind. Ueber ihre eigentliche Schuldnerin, die Gesellschaft, haben daher die Aktionäre und Gläubiger ein direktes Zugriffsrecht auf die verantwortlichen Personen. Aus der Rechtsbeziehung der mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger zur Gesellschaft fliesst somit ihr Recht auf Schadenersatz, für welches, wiederum aufgrund ihrer Rechtsbeziehung zur Gesellschaft, die gleichen Klagemodalitäten zur Anwendung gelangen, die zwischen der Gesellschaft und den ihr direkt verantwortlichen Personen gelten.

§ 6 DIE GESTALT DES VERANTWORTLICHKEITSRECHTS

I MATERIELLES EIGENRECHT ODER SELBSTAENDIGES KLAGERECHT

A. Die Besonderheit des Ersatzrechts der mittelbar Geschädigten

Subjekt einer Schadenersatzforderung ist nach unserer Rechtsordnung einzig der direkt Geschädigte. Dritten aber, denen indirekt, durch Reflex, ein Schaden erwächst, steht ein Schadenersatzanspruch grundsätzlich nicht zu(1). Soll dieses Prinzip in einem bestimmten Fall durchbrochen werden, so bedarf es der gesetzlichen Positivierung. Dies nun ist im Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit geschehen(2); nicht nur die direkt geschädigte Gesellschaft hat einen Schadenersatzanspruch gegen die verantwortlichen Personen, sondern desgleichen die nur mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger.

B. Die Ausgestaltung dieses Rechts

Wie aber ist dieses Recht auf Schadenersatz der mittelbar Geschädigten seiner Gestalt nach zu klassieren? Handelt es sich um einen materiellen Anspruch oder leitet es sich aus dem Gesellschaftsanspruch ab und ist ein blosses Klagerecht?
Im Schrifttum konnte sich bisher keine einheitliche Meinung bilden, was insbesondere darauf zurückzuführen ist, dass sich die beiden möglichen Lösungen dem Ergebnis nach stark angeglichen werden können. Betrachtet man das Ersatzrecht

(1) Oftinger I 50 N 38 ; BGE 58 II 129 ; ZBJV 56, 378

(2) Vgl. auch Art. 827 OR (GmbH), Art. 917 II OR (Genossenschaft), Art. 920 OR (Kredit- und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften)

der mittelbar Geschädigten nämlich nicht als materiellen Anspruch, sondern als Subrogationsklage, mit welcher die Geschädigten die Schadenersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen, und erweitert man gleichzeitig die Subrogationsklage in der Weise, dass alle Klageausschlussgründe der Gesellschaft - wie Entlastung, Vergleich etc. - das Klagerecht der mittelbar Geschädigten nicht beeinträchtigen, so besteht kein praktischer Unterschied mehr zwischen Anspruch und Klagerecht, und die Klärung der Frage hat mehr terminologische Bedeutung(3).
Anders sieht es freilich aus, wenn das selbständige Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger als reine Subrogationsklage betrachtet wird(4). Als solche ist es immer dann unwirksam, wenn die Gesellschaft sich mit den Verantwortlichen verglichen hat oder wenn der Gesellschaft aufgrund ihres Wissens und Wollens kein eigener Verantwortlichkeitsanspruch entstanden ist. Wie bereits dargetan wurde(5), ist das Recht der mittelbar Geschädigten, gegen die Verantwortlichen vorzugehen, nur dann wirksam, wenn sein Bestand nicht vom Gesellschaftsanspruch, sondern vom tatsächlichen Gesellschaftsschaden abhängt. In der Form einer reinen Subrogationsklage ist ein selbständiges Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger daher abzulehnen. Ein vom Gesellschaftsanspruch abgeleitetes Klagerecht kann nur dann ohne Bedenken angenommen werden, wenn vom Gesetz festgelegt ist, dass bei Vergleich, Entlastung und zustimmendem Generalversammlungsbeschluss das Klagerecht der Einzelnen nicht mit dem Gesellschaftsanspruch untergeht(6).

(3) R.Picenoni 197 ff.

(4) So Bürgi Art. 753/54 N 55, Art. 755 N 3

(5) Oben (§4/II/B/2, S.79)

(6) Diesen Weg hat das deutsche Aktiengesetz in seinem § 93 V Satz 3 beschritten.

Der Sinn der Verantwortlichkeitsbestimmungen besteht ja gerade darin, unabhängig vom Willen der Gesellschaft, den mittelbar geschädigten Aktionären und Gläubigern zu ihrem Recht zu verhelfen. Auch kann bei einem Vergleich der Gesellschaft mit den verantwortlichen Personen der "unerträglichen Rechtsunsicherheit"(7) in genügender Weise dadurch begegnet werden, dass die Wirkungen des Vergleichs von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass während sechs Monaten nach dessen Abschluss kein Aktionär die verantwortlichen Personen für mittelbaren Schaden belangt(8). Ist die Vergleichsleistung angemessen, so ist ohnehin keine derartige Klage zu befürchten(9).

1. Materielles Eigenrecht

a) Das Wesen des Anspruchs

Der Begriff des Anspruchs hat sich aus der römischen actio gebildet, was in den italienischen und französischen Gesetzestexten noch deutlich zum Ausdruck kommt(10). In erster Linie bezeichnet der Anspruch die materiellerechtliche Stellung des Anspruchsberechtigten, er hat aber auch ein gewisses Naheverhältnis zum Prozessrecht.
Der Anspruch ist also nicht im Sinne Windscheids rein materiellrechtlich zu fassen, denn eine Eingrenzung des Anspruchs auf das materielle Recht vermag keinen Wesensunterschied zum subjektiven Recht zu schaffen(11). Das Wesen des materiellen Rechts ist anderseits aber auch nicht nur

(7) So Bürgi Art. 753/54 N 55

(8) Meier-Wehrli 153 ; Bürgi Art. 698 N 81 ; Fehr 159 ; Barbey 74 f. Ziff.5

(9) Oben (§4/II/C/3/c/aa, S.87)

(10) Z.B. Art. 755/56 azione bzw. action

(11) Vgl. de Boor 22 ff.; Henckel 257 ; Okuda in AcP 164, 536 ff.; Lange 92

im Prozess zu sehen(12), "soll der Anspruch neben den Begriffen "subjektives Recht" und "Klage" eine Berechtigung haben, dann dürfen die rein materiellrechtliche und die rein prozessuale Auffassung des Begriffes nicht in einen ausschliesslichen Gegensatz gestellt werden. Nur beide zusammen können Aufschluss über das Wesen des Anspruchsbegriffs geben und ihm im System des materiellen Rechts einen Platz zuweisen"(13).
Der Anspruch ist ein Begriff, der vorab eine Aussage über die materielle Rechtslage macht und zugleich die Rechtsschutzsituation impliziert; er verbindet das materielle Recht und das Prozessrecht. So hat auch Larenz erkannt, dass die Klagemöglichkeit nicht der primäre und jedenfalls nicht der einzige Inhalt der Forderung oder des Anspruchs sein kann(14). Die Richtigkeit dieser Ansicht wird insbesondere daraus ersichtlich, dass mehrheitlich Ansprüche entstehen, sich verändern und untergehen, ohne jemals vor Gericht geltend gemacht worden zu sein.

b) Das Verantwortlichkeitsrecht als Anspruch

Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung vertritt die Ansicht, dass das Recht, das den Aktionären und Gläubigern in Art. 755/56 OR zuerkannt ist, ein materielles Eigenrecht darstelle(15). Diese Ansicht gründet auf der Tat-

(12) Dernburg 115: "Anspruch ist also Klagerecht." ; Gierke fasste den Anspruch als modernisierte römische actio auf, vgl. den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und des deutschen Rechts, 1888, 83 ff.; Heutige Anhänger dieser Theorie etwa Josef Esser, Bernhard Rehfeldt

(13) Georgiades 132 f.; Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1 OR N 44-47 ; Enneccerus/Nipperdey aT II § 222, S.1367

(14) Larenz, Schuldrecht II, § 70

(15) Hotz 213 ; Fehr 153, 157 ; Bär in ZBJV 106(1970) 458 ; Meier-Wehrli 55, 99, 101, 103, 105 ; Bez.Gr. Horgen Ziv. Proz.Nr. 125 v. 20.11.1959, S.10 Ziff.1 ; O.Gr. II ZK Nr.

sache, dass die klageberechtigten Aktionäre und Gläubiger, unabhängig davon, ob die Gesellschaft im Einzelfall auch zur Klage berechtigt ist oder nicht, und unabhängig davon, ob die Gesellschaft von ihrem Klagerecht Gebrauch macht oder nicht, selbständig gegen die verantwortlichen Personen vorgehen können. Das Verantwortlichkeitsrecht der Aktionäre und Gläubiger bildet die Grundlage für eine selbständig bestehende Forderung, die für sich allein die Aktionäre und Gläubiger berechtigt, die Leistung von den verantwortlichen Personen zu verlangen(16).
Somit gibt es drei zu unterscheidende Ansprüche: den Gesellschaftsanspruch und die mit diesem inhaltlich kongruenten Aktionär- und Gläubigeransprüche.

2. Selbständiges Klagerecht

a) Begriff

Wie sein Name schon besagt, ist das selbständige Klagerecht zwar nur ein Klagerecht, das aber vom nicht materiell berechtigten Dritten selbständig angestrengt werden kann. Der aus diesem Recht Berechtigte ist nicht schlechthin berechtigt, sondern er ist lediglich befugt, das Recht geltend zu machen. Jede anderweitige Einwirkung auf das Recht ist ihm versagt.
Da grundsätzlich nur der Träger eines Rechts dieses auch geltend machen darf, ist für ein selbständiges Klagerecht eine besondere Rechtsgrundlage erforderlich(17). Die Selbständigkeit der Klageausübung drückt sich darin aus, dass

4432/59 v. 25.3.1960 Ziff.4 des Urteils ; BGE 86 III 161 ff.

(16) Bär aaO: "Und dieser Anspruch - auf Leistung nicht an die Kläger, sondern an die Gesellschaftskasse bzw. Konkursmasse - wird, wenn der Dritte klagt (aus eigenem Recht, nicht nur aus eigenem Prozessführungsrecht) durch keine Decharge durchkreuzt."

(17) Schönenberger/Jäggi, Vorbem. vor Art. 1 OR N 48

der Klageberechtigte in eigenem Namen und ohne Mitwirkung des materiell berechtigten Gläubigers (neben ihm oder an seiner Stelle) klagen darf. In der Regel hat die Leistung überdies an den Gläubiger zu erfolgen(18). Gleichbedeutend mit dem Begriff "selbständiges Klagerecht" ist "Prozessstandschaft"(19) und "Subrogationsklage"(20).

b) Das Verantwortlichkeitsrecht als selbständiges Klagerecht

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass das Recht des Aktionärs und Gläubigers auf Geltendmachung des mittelbaren Schadens ein selbständiges Klagerecht sei(21). Dieses Klagerecht leitet sich aus dem Gesellschaftsanspruch ab. Somit sind die Aktionäre und Gläubiger keine anspruchsberechtigte Personen, sondern nur mit Bezug auf den Gesellschaftsanspruch klageberechtigt (22). Dieser Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, dass die Aktionäre und Gläubiger nicht effektiv geschädigte Personen sind, sondern dass sie lediglich das Recht haben, den Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat, zugunsten der Gesellschaft einzufordern.
Leitet sich das Klagerecht aus dem Gesellschaftsanspruch ab, so wirken sich Klageausschlussgründe in gleicher Weise auf die Einzelklageberechtigten aus. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo dem Gesetz zu entnehmen ist, dass einem klagehem-

(18) Bürgi Art. 753/54 N 53 ; Schönenberger/Jäggi aaO N 48 (Im Falle von SVG 65 erfolgt die Leistung ausnahmsweise an den Kläger, Schönenberger/Jäggi aaO N 48)

(19) Goldschmidt 53 f.

(20) R.Picenoni 197

(21) Bürgi Art. 753/54 N 53 ff.; Siegwart, Vorbem. vor Art.1 OR, N 48 ; Wilhelm 142 N 6 ; zum Teil Fehr 153, 155 ; Meier-Wehrli 86

(22) So die h.L. Deutschlands, vgl. Schilling in Grosskomm. AktG § 93 Anm. 47 ; Hefermehl AktG Bd.II § 93 Anm. 68; Godin/Wilhelmi AktG. § 93 Anm. 28

menden Moment diese Wirkung nicht zukomme(23). In concreto steht einem Entlastungsbeschluss eine Aktionärklage nicht entgegen, wenn der Aktionär der Beschlussfassung nicht zugestimmt hat oder in Unkenntnis des Beschlusses Aktien erworben hat(24). Für die Gläubigerklage hat die Entlastung ohnehin keine Bedeutung, da den Gläubigern als aussenstehenden Drittpersonen die Einrede nicht entgegengehalten werden kann, die Verantwortlichen hätten weisungsgemäss gehandelt(25). Gemäss extensiver Auslegung von Art. 757 OR(26) verhindert auch ein Vergleich der Gesellschaft mit ihren Organen nicht, dass jene Einzelklageberechtigten, die dem Vergleichsabschluss nicht zugestimmt haben, trotzdem noch klagen dürfen.

Wie aber verhält es sich, wenn die Gesellschaft von der schädigenden Handlung gewusst und diese gewollt hat? Im Gegensatz zum deutschen Recht(27) findet sich im schweizerischen Obligationenrecht keine Ausnahmebestimmung, laut welcher die Aktionäre und Gläubiger auch dann klagen könnten, wenn der Gesellschaft aufgrund ihres Wissens und Wollens ein Ersatzanspruch nie entstanden ist.

Ist das Verantwortlichkeitsrecht der Aktionäre und Gläubiger kein eigener Anspruch, sondern nur ein vom Gesellschaftsanspruch abgeleitetes Klagerecht, so ist es in diesem bedeutsamen und wohl auch häufigen Fall unmöglich, gegen die verantwortlichen Personen zu klagen.

(23) R.Picenoni 202

(24) Bürgi Art. 757 N 3, 12 ; oben (§4/II/C/2, S.83 ff.)

(25) F.v.Steiger, Recht der AG, 276 ; Bürgi Art. 753/54 N 84 , Art. 757 N 2, 3 ; Meier-Wehrli 142 ; Fehr 149, 157

(26) Oben (§4/II/C/3, S.86 ff.)

(27) § 93 V Satz 3 AktG: "Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht."

II DAS VERANTWORTLICHKEITSRECHT ALS UNSELBSTAENDIGER ANSPRUCH

A. Die Erscheinungsform des Verantwortlichkeitsrechts nach den bisher erarbeiteten Kriterien

1. Ueberblick

Substanzverluste im Gesellschaftsvermögen bewirken die mittelbare Schädigung der Personen, die aufgrund ihrer Rechtsbeziehung zur Gesellschaft auf die vermögensmässige Integrität der Gesellschaft angewiesen sind. Daher ist das Vorliegen eines Gesellschaftsschadens die erste und grundsätzlichste Voraussetzung für das Entstehen von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss OR 753 ff.
Auf die Aktionäre wirkt sich jeder Substanzverlust schädigend aus, da in jedem Fall der Wert ihrer Beteiligungen anteilmässig im Umfang des entstandenen Schadens geschwächt wird. Demgegenüber werden die Gläubiger von einem Gesellschaftsschaden erst dann getroffen, wenn das Gesellschaftsvermögen, das zu ihrer Befriedigung dient, nicht mehr ausreicht, um ihre fälligen Forderungen zu decken.

Ist für die Entstehung von Verantwortlichkeitsansprüchen aus mittelbarem Schaden der Gesellschaftsschaden die erste Voraussetzung, so ist die Tatsache, dass eine Person überhaupt mittelbar geschädigt werden kann, die zweite Voraussetzung. Laut Gesetz können nur jene Personen einen mittelbaren Schaden erleiden, die in ihrer Eigenschaft als Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger mit der AG in einer Rechtsbeziehung stehen.
Die Möglichkeit, den Anspruch geltend zu machen, richtet sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt, in welchem die Schädigung der Einzelberechtigten anzunehmen ist. Da jede Schädigung des Gesellschaftsvermögens zwingend die Aktionärrechte tangiert, sind die Aktionäre berechtigt, auch in der aufrechtstehenden Gesellschaft ihre Interessen wahrzunehmen, denn

ihre Vermögenswerte steigen und fallen mit dem Gesellschaftsvermögen. Die Gläubiger sind hingegen von einem Substanzverlust erst dann betroffen, wenn das Vermögen zur Schuldentilgung nicht mehr ausreicht und die Gesellschaft in Konkurs fällt. Aus diesem Grund wirkt sich auch das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen erst mit Konkursausbruch in den Gläubigerkreisen aus, und der Konkursausbruch ist daher der Entstehungszeitpunkt für die Gläubigeransprüche.
Gleichzeitig bewirkt der eröffnete Konkurs, dass die Aktionäre vorerst nicht mehr klagen dürfen. Das Konkursverfahren dient der Wahrung der Gläubigerinteressen, und so wie die Aktionäre nur von einem allfälligen Liquidationsüberschuss profitieren, so können sie auch gegen die Verantwortlichen erst dann wieder klagen, wenn auf eine konkursmässige Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche verzichtet worden ist, dann aber freilich unter Leistung an sich selbst, weil die Gesellschaft ja aufgelöst wird.

Weil durch das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen auch die vom Gesellschaftsvermögen abhängigen Aktionär- und Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden, dürfen neben der unmittelbar geschädigten Gesellschaft auch ihre nur mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger klagen.
Die Einwilligung in eine Schädigung schliesst daher nur dann Schaden und Ersatzanspruch aus, wenn alle gesetzlich geschützten Personen in die betreffende Handlung eingewilligt haben. Billigt nur ein Teil der berechtigten Personen das schädigende Verhalten, so ist nur für diesen Teil eine Verantwortlichkeitsklage ausgeschlossen. Alle andern Personen sind weiterhin gegen ihren Willen geschädigt und damit auch berechtigt, von den verantwortlichen Personen die Ersetzung des Schadens zu verlangen.

Das Recht der mittelbar Geschädigten, gegen die verantwortlichen Personen zu klagen, ist schliesslich ein Recht, das nur solange Bestand hat, als eine mittelbare Schädigung überhaupt möglich ist. Sobald die charakteristische Rechtsbeziehung zur Gesellschaft aufgelöst wird, fällt eo ipso die Abhängigkeit vom Gesellschaftsvermögen dahin, und eine mittelbare Schädigung ist ausgeschlossen.
Das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens hat deshalb nur solange eine Existenzberechtigung, als eine Person in ihrer Eigenschaft als Aktionär oder Gläubiger zur Gesellschaft ein Rechtsverhältnis unterhält und aufgrund dieses Rechtsverhältnisses ein rechtlich relevantes Interesse an der Erhaltung der Vermögenssubstanz hat.
In diesem Sinn ist das Recht auf Ersatz des mittelbaren Schadens abhängig vom Bestand einer Rechtsbeziehung zur Gesellschaft, und es ist daher seiner Natur nach ein Akzessorium zur Grundforderung gegen die Gesellschaft.

2. Die selbständigen und die unselbständigen Elemente des Verantwortlichkeitsrechts

a) Selbständigkeit

Die Selbständigkeit des Verantwortlichkeitsrechts ist darin zu sehen, dass es unabhängig vom Bestand des Gesellschaftsanspruchs besteht und dass es sich daher auch nicht vom Gesellschaftsanspruch herleitet. Entgegen einer verbreiteten Meinung((28) ist nicht der Gesellschaftsanspruch die materielle Grundlage des Verantwortlichkeitsrechts von Aktionären und Gläubigern; das Verantwortlichkeitsrecht ist in diesem Sinn ein selbständiger Anspruch, der seine materi-

(28) So Bürgi Art. 753/54 N 54 ff.; Wilhelm 142 ; Schönenberger/Jäggi Vorbem. vor Art. 1 OR N 48 ; in unserem Sinne aber Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 2.c aa, 37

elle Berechtigung in sich selbst trägt. Unter Annahme der gegenteiligen Meinung könnte seine Aufgabe, einen Substanzverlust einzufordern, gerade im wichtigsten Fall, in dem die Gesellschaft nicht ersatzberechtigt ist, weil sie in die Schädigung eingewilligt hat, vereitelt werden(29). Grundlage des Verantwortlichkeitsrechts von Aktionären und Gläubigern ist eben nicht der Gesellschaftsanspruch, sondern der Gesellschaftsschaden, und ein solcher liegt immer vor, wenn eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens auf das pflichtwidrige Verhalten von verantwortlichen Personen zurückzuführen ist(30).

Der mittelbare Schaden trifft die Aktionäre und Gläubiger infolge ihrer Rechtsbeziehung zur Gesellschaft persönlich und effektiv(31). Weil aber die Möglichkeit, den Anspruch geltend zu machen, sich nach dem Zeitpunkt richtet, in welchem die Einzelberechtigten tatsächlich zu Schaden kommen, dürfen die Gläubiger laut OR 758 erst im Gesellschaftskonkurs klagen. Es gilt die gesetzliche Fiktion, dass ein Schaden der Gläubiger erst dann anzunehmen ist, wenn die Gesellschaft ihre Forderungen nicht mehr befriedigen kann (32). Die Aktionäre sind dagegen gleichzeitig mit der Gesellschaft geschädigt, weil ihre Beteiligungen wertmässig den Schwankungen des Gesellschaftssubstrats folgen. Ein pflichtwidriges Verhalten der verantwortlichen Personen, das einen Verlust im Gesellschaftsvermögen bewirkt, hat die simultane Schädigung der Aktionärrechte zur Folge. Aus diesem

(29) Ebenso beim Abschluss eines faulen Vergleichs, wenn dem Vergleich im Sinne Bürgis (Art. 755 N 21) die Wirkung eines Urteils zukommt.

(30) BGE 82 II 59, 86 III 159 ff.; oben (§4/II/B/3/b, S.80 ff.)

(31) BGE 87 II 300 f., 97 II 403 ; aA Bürgi Art. 753/54 N 54

(32) Bürgi Art. 753/54 N 51 Ziff.2 ; Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 3. c bb, 39

Grund sind die Aktionäre auch in der aufrechtstehenden Gesellschaft berechtigt, ihren Anspruch entsprechend den Modalitäten von Art. 755 OR geltend zu machen.

b) Unselbständigkeit

Die Unselbständigkeit des Anspruchs der mittelbar Geschädigten manifestiert sich in seiner akzessorischen Rechtsnatur zur Grundforderung gegen die Gesellschaft. Ein schädigendes Ereignis, das die Aktionäre und bisweilen auch die Gläubiger mittelbar trifft, ist nie Ursache für eine selbständige, d.h. unabhängig von gewissen Bedingungen bestehende Schadenersatzforderung. Der Schadenersatzanspruch aus mittelbarem Schaden hängt davon ab, ob eine Person zur Zeit der Klage die Eigenschaft eines Aktionärs oder die eines Gesellschaftsgläubigers hat und aufgrund dieser Eigenschaft zur Gesellschaft in einem spezifischen Rechtsverhältnis steht.
Die Unselbständigkeit des Aktionärs - und Gläubigeranspruchs - welcher, bezogen auf den Gesellschaftsanspruch, aber eine selbständige materielle Grundlage hat - liegt in seiner Akzessorietät zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen, die aus der Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und den Einzelberechtigten fliessen. Dieser Verantwortlichkeitsanspruch ist indessen kein Bestandteil jener Ansprüche, sondern ein von ihnen zu unterscheidendes, besonderes Recht, welches den Zwecken dieser Ansprüche dient und mit ihnen in einem Zusammenhang steht(33). Als Nebenrecht zu einer Hauptforderung hängt sein Bestand prinzipiell nur von der Existenz dieser Hauptforderung ab(34).

(33) v.Tuhr/Peter I/1 21 ; oben (§5/II/B/3/b/aa, S.126)
(34) v.Tuhr/Peter I/1 72

Obwohl der Verantwortlichkeitsanspruch seinem Inhalt nach ein Schadenersatzrecht ist, ist er ein Nebenrecht und nicht etwa die bei Unmöglichkeit der Erfüllung übliche Umwandlung der Leistung in Schadenersatz. Der Verantwortlichkeitsanspruch richtet sich ja auch nicht gegen die eigentliche Schuldnerin, die Gesellschaft, sondern gegen deren persönliche Schädiger. Ist es z.B. einer Gesellschaft nicht möglich, die bestellte Ware zu liefern, so wandelt sich der Anspruch des Gläubigers auf Ware in einen Schadenersatzanspruch gemäss OR 97 um. Sein Anspruch ist dann die ursprüngliche Forderung mit verändertem Inhalt(35). Ist aber die Gesellschaft infolge des schädigenden Verhaltens der verantwortlichen Personen nicht in der Lage, diese umgewandelte Obligation zu erfüllen, und fällt sie in Konkurs, so ist der Verantwortlichkeitsanspruch weiterhin Nebenrecht zur inhaltlich veränderten Hauptforderung gegen die Gesellschaft und kann entsprechend den Regeln von OR 756 erhoben werden.

Daher kann das Schadenersatzrecht aus mittelbarem Schaden im Gesellschaftskonkurs auch nicht kolloziert werden. Kolloziert wird nur die Forderung, zu welcher der Verantwortlichkeitsanspruch Nebenrecht bildet. Der Verantwortlichkeitsanspruch richtet sich ja nicht gegen die konkursite Gesellschaft, sondern gegen unabhängige Drittpersonen.

B. Zur Terminologie des unselbständigen Anspruchs

1. Begriff

Larenz(36) unterscheidet zwischen selbständigen und unselbständigen Ansprüchen, wobei die selbständigen ihren Sinn in sich selbst tragen, weil sie nicht auf ein anderes,

(35) v.Tuhr/Peter I/1 21 FN 73

(36) Larenz aT 195

ihnen voraus liegendes Recht, dem sie dienen, bezogen sind, sondern für sich allein stehen. "Unselbständige Ansprüche dagegen dienen der Verwirklichung eines anderen, und zwar eines absoluten Rechts..."(37).

Unselbständige Ansprüche bestehen nach Larenz nur im Zusammenhang mit einem Herrschaftsrecht. Herrschaftsrechte sind im unverletzten Zustand nie Ansprüche, weil ihnen die einem Anspruch inhärente Richtung gegen eine bestimmte Person fehlt. Dies ändert sich nur dann, wenn ein Unberechtigter in den Herrschaftsbereich eingreift. Nunmehr gewinnt das Recht des absolut Berechtigten eine bestimmte Richtung; das Herrschaftsrecht verdichtet sich zu einem bestimmten Verlangen gegen eine bestimmte Person und damit zu einem Anspruch. Der Sinn eines solchen Anspruchs ist die Wiederherstellung des Zustands, der dem Herrschaftsrecht entspricht.

2. Zur Verwendung des Terminus "unselbständiger Anspruch" für das Verantwortlichkeitsrecht

An und für sich gibt die Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs als ein Nebenrecht zur Grundforderung auch bereits erschöpfende Auskunft über seine Gestalt. Da aber die Lehrmeinungen auseinandergehen und somit offenlassen, ob das Verantwortlichkeitsrecht ein materieller Anspruch oder ein selbständiges Klagerecht sei, erscheint uns der Terminus "unselbständiger Anspruch" ausserordentlich geeignet, zu veranschaulichen, dass es sich beim Verantwortlichkeitsrecht um einen materiellen Anspruch handelt, der aber aufgrund seiner Abhängigkeit vom Bestand einer Forderung gegen die Gesellschaft als unselbständig zu bezeichnen ist.

(37) Larenz aT 195

Wohl bestehen nach Larenz unselbständige Ansprüche nur in Verbindung mit absoluten Rechten, und das Recht, das aus der Rechtsbeziehung zur Gesellschaft fliesst und zu welchem der Verantwortlichkeitsanspruch Nebenrecht bildet, ist nie ein absolutes Recht.
Indessen haben sowohl der unselbständige Anspruch nach Larenz als auch der Verantwortlichkeitsanspruch dieselbe Funktion. Beide dienen der Verwirklichung eines ihnen zugrundeliegenden Rechts; beide sind verknüpft mit diesem Recht, und eine Trennung vom Recht, dem sie dienen, wäre sinnwidrig. Sie sind daher auch nicht selbständig übertragbar, gehen anderseits aber mit dem Uebergang des zugrundeliegenden Rechts ohne weiteres auf den neuen Rechtsinhaber über (38).
Aufgrund dieser Funktionsidentität wollen wir den Begriff "unselbständiger Anspruch" für die Umschreibung des Verantwortlichkeitsanspruchs übernehmen. Er hat in unserem Sinn dieselbe Bedeutung wie der Begriff "Nebenrecht".
Sein Vorzug gegenüber dem Begriff "Nebenrecht" liegt darin, dass er in besonders anschaulicher Weise die Elemente der Selbständigkeit und der Unselbständigkeit verbindet.

(38) Larenz aT 196

III. TEIL

Die Geltendmachung der Verwortlichkeitsansprüche im Gesellschaftskonkurs

§ 7 DIE WAHRNEHMUNG DER VERSCHIEDENEN VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE DURCH DIE KONKURSVERWALTUNG

I INHALT DER KONKURSMASSE

A. Allgemeines

Im Konkurs einer Aktiengesellschaft wird ihr vollstreckbares Vermögen der Gesamtheit der Forderungen der Gläubiger gegenübergestellt. Dieses, dem Konkursbeschlag unterliegende, Vermögen bezeichnet man als Konkursmasse oder genauer als Aktivmasse(1). Das der Gläubigergesamtheit zustehende Beschlagsrecht bewirkt, dass kraft gesetzlicher Sukzession alle Rechte des Konkursiten auf die Konkursmasse übergehen(2). So bestimmt Art. 197 I Satz 1 SchKG: "Sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, bildet, gleichviel wo sich dasselbe befindet, eine einzige Masse, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient." Eine Erweiterung dieses Grundsatzes bringt Absatz II, wonach auch das Vermögen in die Konkursmasse fällt, das nicht auf eine Tätigkeit des Gemeinschuldners zurückzuführen ist, sondern das ihm anderweitig während des Konkurses anfällt(3). Für eine juristische Person hat diese Erweiterung allerdings keine allzu grosse Bedeutung, da sämtliche Rechte wegfallen, welche die natürliche Eigenschaft des Menschen voraussetzen(4). Zum Vermögen, das laut SchKG 197 I mit Konkursausbruch Massevermögen wird, gehören auch alle Vermögensteile, die sich in einem anderen Konkurs-

(1) Die Aktivmasse steht der Passivmasse gegenüber, welche die Gesamtheit der zu befriedigenden Ansprüche der Gläubiger beinhaltet, vgl. Fritzsche II 1 f.

(2) Flachsmann 8 ; Das heisst aber nicht, dass die Masse Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners sei, vgl. BGE 33 II 653, 87 II 172

(3) Fritzsche II 52 ; BGE 72 III 85

(4) Tuor/Schnyder 105

kreis befinden (SchKG 221 II), sowie das im Ausland liegende Vermögen (KV 27). Die Einziehung des Auslandvermögens ist jedoch problematisch(5).

B. Ansprüche des Gemeinschuldners

In der Hauptsache setzt sich die Aktivmasse aus Ansprüchen zusammen, die dem Gemeinschuldner entstanden sind und über die er infolge der Konkurseröffnung die Verfügung verloren hat(6). Sie werden in ihrem ganzen Umfang und ihrem Wesen nach unverändert in die Konkursmasse einbezogen. Die Natur der Ansprüche wird also durch die Konkurseröffnung nicht berührt, wodurch auch die Stellung des Drittschuldners die gleiche bleibt. Dieser ist befugt, der Masse dieselben Einreden entgegenzuhalten, die ihm schon gegen den Gemeinschuldner zustanden. Nicht anders verhält es sich, wenn einzelne Konkursgläubiger einen ihnen nach SchKG 260 abgetretenen Anspruch geltend machen. Sie verfolgen kein eigenes Recht, sondern ein Recht, das vom Gemeinschuldner auf die Masse übergegangen ist. Ein gemeinschuldnerischer Anspruch verändert sich in dieser Hinsicht nicht, weder durch die Konkurseröffnung, noch durch eine erfolgte Abtretung an einen Gläubiger.

C. Andere Ansprüche

Die Erfahrung lehrt, dass der Schuldner, der Pfändungen oder den Konkurs herannahen sieht, oft der Versuchung unterliegt, vor Torschluss gewisse Gegenstände durch Rechtsgeschäft aus seinem Vermögen auszuscheiden und sie dadurch dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen(7).

(5) Fritzsche II 3, 51
(6) Ziegler 70
(7) Fritzsche II 274

Hätte der Gesetzgeber diese Gefahrenquellen nicht durch geeignete Spezialbestimmungen weitgehend ausgeschaltet, kämen die auf das Vermögen des Kridars angewiesenen Konkursgläubiger vielfach zu kurz. In diesem Sinn schützt der Arrest die Gläubiger vor drohendem Schaden, indem Vermögensgegenstände festgehalten werden, die von einer kommenden Vollstreckung ergriffen werden sollen, und die Anfechtungsklage verfolgt den Zweck, einen für die Gläubiger bereits eingetretenen Schaden wiedergutzumachen(8). Eine ähnliche Funktion erfüllt auch der Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubiger gemäss OR 753 ff. Wären nämlich die Gläubiger nur auf den entsprechenden Gesellschaftsanspruch angewiesen, so wäre in der Mehrzahl der Fälle ein wichtiges Masseaktivum nicht mehr vorhanden; sei es, dass der Gesellschaft aufgrund ihres Wissens und Wollens nie ein Anspruch erwachsen ist oder dass sie mit den verantwortlichen Personen einen unbilligen Vergleich abgeschlossen hat oder ihnen Entlastung erteilte(9).

Der vom Gesetzgeber gewählte Weg bewirkt, dass ein Verzicht der Gesellschaft auf Geltendmachung ihres Anspruchs gegenüber den Gläubigern keine Auswirkungen zeitigt und dass ferner die Gläubiger selbst dann anspruchsberechtigt sind, wenn der Gesellschaft aufgrund ihres Wissens ein Anspruch nie entstanden ist. Zur Erhaltung des Anspruchs brauchen indessen die Rechtshandlungen der Gesellschaft nicht angefochten zu werden(10), denn die Rechtshandlungen der Gesellschaft mit Bezug auf den Verantwortlichkeitsanspruch entfalten ihre Wirkungen nur inter partes. Aktionäre und Gläubiger, die einem solchen Rechtsgeschäft zuge-

(8) Fritzsche II 274 ; Brand, SJK Nr.742, I Ziff.1

(9) Vgl. oben §§ 3 und 4

(10) aA Henze 114

stimmt haben, sind im erwähnten Sinne Partei; ihre Zustimmung impliziert sie in die anspruchsvernichtetnde Rechtshandlung der Gesellschaft und schliesst eine spätere Klageerhebung auch aus eigenem Recht aus. Ist eine Person zugleich Aktionär und Gläubiger, so ist sie in doppelter Weise aktivlegitimiert(11): In der aufrechtstehenden Gesellschaft als Aktionär und im Gesellschaftskonkurs als Abtretungsgläubiger. Stimmt aber diese Person als Aktionär einem anspruchsvernichtenden Beschluss zu, so ist ihr diese Tatsache auch als Konkursgläubiger zuzurechnen(12). Umgekehrt verzichtet freilich auch ein Konkursgläubiger auf seinen Aktionäranspruch, wenn er einem Vergleich zugestimmt oder nicht innert Frist die Abtretung zur weiteren Rechtsverfolgung begehrt hat.

D. Schlussfolgerung

Zum Inhalt der Konkursmasse gehören nicht nur Ansprüche, die infolge der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner auf die Konkursmasse übergegangen sind. Die Konkursmasse besteht aus der Gesamtheit der Ansprüche, die nach den Regeln des Konkursrechts zu verwerten sind(13). Die Unterteilung der Verantwortlichkeitsansprüche in einen Masseanspruch, sofern er der Gesellschaft entstanden ist, und den eigenen Anspruch jedes Gläubigers ist daher unkorrekt(14).

(11) F.v.Steiger, Recht der AG, 269 ; Meier-Wehrli 50 ; BGE 87 II 293 ; SAG 35(1962/63) 176 ff., SAG 36(1964) 23

(12) In diesem Sinne BGE 86 III 159

(13) Schmid 70 f. Ziff.2 ; So ist namentlich dem Art. 316 lit. 1 SchKG zu entnehmen, dass neben den Anfechtungsansprüchen auch die Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe oder Angestellte des Schuldners zum Massevermögen gehören, ein deutlicher Hinweis darauf, dass die als Gläubigerrechte konzipierten Ansprüche auch Bestandteil der Masse sind.

Wohl gibt es einerseits den Anspruch, welcher der Gesellschaft entstanden ist, und anderseits den Anspruch, der jedem Konkursgläubiger zusteht; im Gesellschaftskonkurs werden diese Ansprüche aber gleichermassen zu Ansprüchen der Masse(15). Die Unterscheidung dieser Ansprüche nach der materiellen Berechtigung wird dann wieder relevant, wenn die Masse darauf verzichtet, den gemeinschuldnerischen Anspruch zu verfolgen. Dann nämlich geht das Verfügungsrecht über diesen streitigen Anspruch sogleich und ohne weiteres wieder auf den Titular über(16). Hingegen ist der Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubiger ein Nebenrecht zur Konkursforderung und kann gemäss OR 758 nur im Konkurs geltend gemacht werden. Bei Verzicht auf konkursmässige Verfolgung dieser Ansprüche ist ein Uebergang derselben auf die materiell berechtigten Gläubiger ausgeschlossen.

II DER GESELLSCHAFTSANSPRUCH

Nach Art. 197 I SchKG bildet das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung eine einzige Masse. Ist der Gemeinschuldner eine Aktiengesellschaft, welche gegen ihre Organe oder Gründer Verantwortlichkeitsansprüche hat, so bilden diese Ansprüche einen Teil des realisierbaren Aktivvermögens des Gemeinschuldners und gehen auf die Konkursmasse über(17).

(14) Zu kritisieren ist daher die Ansicht von Meier-Wehrli 100, sowie BlZR 60(1961) 220

(15) Henggeler 55, wo die Konkursverwaltung bei der ihr in OR 756 zugedachten einheitlichen Klageführung als Zwangsvertreterin dieser einzelnen Geschädigten bezeichnet wird.

(16) Favre, § 48, IV Ziff.4, S.311 f.; BGE 68 III 162

(17) Henze 117 ; Fehr 152 ; Meier-Wehrli 96 ; R. Piccenoni 196 f.

Ist der Gesellschaft aber ein Ersatzanspruch nie entstanden, weil das schädigende Verhalten der verantwortlichen Personen auf einen Generalversammlungsbeschluss zurückzuführen ist, so fehlt ein Verantwortlichkeitsanspruch freilich auch im Gesellschaftskonkurs. Nicht anders verhält es sich, wenn die Gesellschaft ihren Organen Entlastung erteilt hat(18) oder wenn sie mit ihren Organen oder Gründern einen Vergleich eingegangen ist(19). Mit erteilter Entlastung verzichtet die Gesellschaft auf Geltendmachung von allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen in dem Umfang, in welchem die Aktivitäten der Verantwortlichen zur Zeit der Beschlussfassung überhaupt ersichtlich waren. Ein Vergleich bringt dagegen jenen Mehrbetrag zum Untergang, der die Vergleichsleistung bis zum Betrag des vollen Schadenersatzes übersteigt. Der Untergang von Ansprüchen durch Entlastung und der Untergang von Teilansprüchen infolge Vergleichs beruhen auf gültigen Rechtsgeschäften(20), die ihre Gültigkeit auch im Gesellschaftskonkurs bewahren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bestehende Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft mit eröffnetem Konkurs in die Masse fallen. Hat aber die Gesellschaft - was häufig der Fall ist - diese Ansprüche vor Konkursausbruch zum Untergang gebracht oder sind ihr aufgrund ihres Wissens und Wollens nie welche entstanden, so fallen diese Ansprüche als realisierbares Massevermögen ausser Betracht.

(18) Henggeler 55 ; Henze 113 ; Meier-Wehrli 116

(19) Meier-Wehrli 148

(20) Es sei denn ein Entlastungs- oder Vergleichsbeschluss sei anfechtbar oder nichtig, vgl. hiezu Meier-Wehrli 133 ff. und 156

III DER GLAEUBIGERANSPRUCH

A. Die Regelung des Art. 756 OR

Art. 756 bestimmt, dass im Gesellschaftskonkurs die Geltendmachung des Anspruchs der einzelnen Gläubiger zunächst der Konkursverwaltung zustehe und dass im Fall, da diese darauf verzichtet, jeder Gläubiger berechtigt sei, die Abtretung des Anspruchs im Sinne des SchKG zu verlangen(21).

Entgegen Art. 758 OR steht das Recht, gegen die Verantwortlichen vorzugehen, vorab der Konkursverwaltung zu. Diese Regelung steht freilich in Einklang mit den Bestimmungen des Konkursrechts. Nimmt doch die Konkursverwaltung die Stellung einer Zwangsvertreterin der Gläubiger ein und wahrt ihre Interessen, indem sie alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse notwendigen Geschäfte besorgt und die Masse vor Gericht vertritt(22).

B. Die Bedeutung des Art. 756 OR

1. Grundsätzliches

Wir haben festgestellt, dass das Verantwortlichkeitsrecht der Aktionäre und Gläubiger sich nicht aus dem Gesellschaftsanspruch herleitet, sondern dass dieses Recht ein vom Gesellschaftsanspruch unabhängiger Anspruch der Einzelberechtigten ist. Obwohl es sich demnach um Ansprüche handelt, die nicht in der Person der gemeinschuldnerischen AG entstanden sind, steht es im Gesellschaftskonkurs vorerst der Konkursverwaltung zu, diese Ansprüche der einzelnen Rechtstitularen gel-

(21) Botschaft 62: "Verzichtet die Konkursverwaltung auf Geltendmachung des Anspruchs, so reiht sich dann das Verfahren nach Art. 260 SchKG an."

(22) Art. 240 SchKG ; Fritzsche II 132 f.

tend zu machen. Dies, so haben wir festgestellt(23), entspricht den Grundsätzen des Konkursrechts, denn alle Konkursgläubiger sollen gemäss ihrem Rang gleichmässig befriedigt werden.

Der Verantwortlichkeitsanpruch der Einzelberechtigten ist zwar ein eigener Anspruch, aber er besteht nur im Zusammenhang mit Substanzverlusten im Gesellschaftsvermögen, mit jenem Vermögen also, welches das Haftunssubstrat der Gläubiger bildet.

Hat in der aufrechtstehenden Gesellschaft die Erhebung von Verantwortlichkeitsklagen seitens der Aktionäre die Funktion, den Schaden dort zu ersetzen, wo er in erster Linie enstanden ist, nämlich im Gesellschaftsvermögen, so sieht es in der konkursiten Gesellschaft zunächst nicht anders aus. Die Verantwortlichkeitsansprüche der einzelnen Gläubiger dienen der rechtmässigen Ergänzung der Masse, aus welcher alle Konkursgläubiger zu befriedigen sind. Sowohl in der aufrechtstehenden Gesellschaft als auch im Gesellschaftskonkurs zielt das Verantwortlichkeitsrecht jedes einzelnen mittelbar Geschädigten auf eine Schadensersetzung ab, die genau dieselbe Situation wieder herzustellen vermag, die ohne das schädigende Ereignis bestünde. In der aufrechtstehenden Gesellschaft ist diese Situation dann wieder hergestellt, wenn das verminderte Gesellschaftsvermögen zugunsten aller Beteiligten wieder intakt ist, und im Konkurs der Gesellschaft ist die Vermögenslage der Gesellschaft eben dann wieder hergestellt, wenn die Masse zugunsten aller Konkursgläubiger über soviel verfügt, wie sie ohne den von Dritten zu verantwortenden Substanzverlust aufweisen würde.

Im Sinne einer gleichmässigen Befriedigung aller Konkursgläubiger ist es demnach Aufgabe der Konkursverwaltung, die

(23) Oben (§7/III/A, S.154)

Masse um alle jene Vermögenswerte zu vergrössern, die richtigerweise in die Masse gehören, und hiezu zählen auch die Verantwortlichkeitsansprüche der einzelberechtigten Gläubiger(24). Das Recht, seinen eigenen Anspruch selber geltend zu machen, steht einem Gläubiger erst dann zu, wenn die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung verzichtet hat und der Anspruch im Sinne von SchKG 260 an den betreffenden Gläubiger abgetreten worden ist.

2. Nebenrechte zur Konkursforderung als Inhalt der Konkursmasse

a) Der Anfechtungsanspruch

aa) Aktivlegitimation

Zur Anfechtung der unter SchKG 286-288 fallenden Rechtshandlungen sind alle Gläubiger berechtigt, die gegen ihren Schuldner einen provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustschein haben(25). Im Konkurs des Schuldners geht die Aktivlegitimation dieses Gläubigerrechts zunächst auf das Organ der Gläubigergesamtheit, die Konkursverwaltung, über (26), und die einzelnen Gläubiger sind nur nach Massgabe der Art. 260 und 269 III SchKG zur Klage berechtigt(27). Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift(28) gehören Anfechtungsansprüche zur Konkursmasse. Denn, obwohl das Anfechtungsrecht ein Recht ist, das zusammen mit jeder Konkursforderung besteht, ein Recht also, das kein Aktivum des Schuldners darstellt, hat die Geltendmachung im Konkurs im Interesse aller Gläubiger zu erfolgen, und dies ist nur dann der Fall, wenn die Konkursverwaltung zugunsten aller Konkursgläubiger dieses Aktivum einziehen und verwerten darf.

(24) Schmid 70 f. Ziff.2
(25) Fritzsche II 274
(26) Art. 285 II Ziff.2 SchKG
(27) Brand, SJK Nr.743, IV Ziff.1 lit.a ; Blumenstein 858 f.
(28) Art. 200 SchKG

Erlaubt es der Stand der Masse nicht, den Prozess selber zu führen, so können sich die einzelnen Gläubiger den Anfechtungsanspruch abtreten lassen, um diesen nach den Regeln von SchKG 260 auf eigene Rechnung und Gefahr zu verfolgen(29). Stellt aber kein Gläubiger innert Frist ein Abtretungsbegehren, so darf der Anfechtungsanspruch weder versteigert noch sonstwie veräussert werden(30). "Denn wiewohl alles, was Gegenstand der Anfechtungsklage ist, zur Konkursmasse gehört, so schliesst die Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs als eines Akzessoriums des Gläubigerrechts dessen selbständige Verwertung aus"(31). Stellt sich heraus, dass der Gemeinschuldner in Wirklichkeit nicht überschuldet ist, so erlischt die Aktivlegitimation.

bb) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist jedermann, der unmittelbar oder mittelbar etwas aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat. Darunter fallen auch die Erben und andere Universalsukzessoren wie etwa die Uebernehmer eines Geschäfts mit dessen Aktiven und Passiven(32). Dritte im Sinne von Singularsukzessoren des Gegenkontrahenten des Schuldners sind dann passivlegitimiert, wenn sie im Zeitpunkt des Rechtserwerbs wussten oder wissen mussten, dass der Rechtsvorgänger das betreffende Vermögensobjekt auf anfechtbare Weise erworben hatte. Die Bösgläubigkeit ist für die Belangung eines Dritten subjektives Klageelement(33).
Von den Erben abgesehen, die laut ZGB 603 und 639 solidarisch haften, entsteht zwischen Personen, die durch dieselbe Rechts-

(29) Brand, SJK Nr.743, IV Ziff.1 lit.a cc
(30) Art. 79 I KV ; Fritzsche II 274
(31) Brand, SJK Nr.743, IV Ziff.1 lit.a bb
(32) BGE 29 II 755 f. Erw.7
(33) Fritzsche II 289 f.; Brand aaO IV Ziff.1 lit.b cc

handlung Vermögenswerte des Schuldners erworben haben, keine Solidarobligation. Jeder haftet nur für den Wert, der ihm zugekommen ist(34)

cc) Anfechtungsprozess

Das Anfechtungsrecht unterliegt der Disposition der Parteien, deshalb kann über den Anspruch nicht nur durch Urteil, sondern auch durch Vergleich und Anerkenntnis entschieden werden, und zwar gerichtlich oder ausserge-richtlich(35). Ebenso kann der Anfechtungsanspruch einre-de- oder widerklageweise geltend gemacht werden(36).

dd) Gerichtsstand

Der Gerichtsstand bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Als eine persönliche Klage ist die Anfech-tungsklage am Wohnsitz des Beklagten zu erheben(37).

ee) Streitwert

Der Streitwert bemisst sich nach dem betreibungsrecht-lichen Interesse, welches der Kläger an der Ungültigkeits-erklärung der anfechtbaren Handlung hat. Im Konkurs be-stimmt sich der Streitwert allein nach dem Vermögenswert, der dem Zugriff des Gläubigers durch die anfechtbare Hand-lung entzogen worden ist. Die Höhe der Konkursforderung eines Gläubigers ist für den Streitwert unmassgeblich(38).

(34) Brand, SJK Nr.743, IV Ziff.1 lit.b aa ; Jaeger Art. 290 N 1

(35) Fritzsche II 287 ; BGE 63 III 21

(36) Fritzsche II 287 f.

(37) Fritzsche I 78 ; Für die Anfechtung im Kolloktaions-prozess gilt indessen der Gerichtsstand des Konkurs-ortes gemäss SchKG 250, vgl. Fritzsche II 291 ; Brand aaO, IV Ziff.2 lit.a

(38) Blumenstein 857 f.; Brand aaO, IV Ziff.2 lit.d

ff) Verjährung

SchKG 292 bestimmt: "Die Anfechtungsklage verjährt durch Ablauf von fünf Jahren seit der anfechtbaren Rechtshandlung." Ausgangspunkt der Verjährung ist die Vornahme einer anfechtbaren Rechtshandlung. Zur Entstehung eines Anfechtungsanspruchs bedarf es ferner der Ausstellung von Verlustscheinen oder der Eröffnung des Konkurses. Die Entstehung des Anfechtungsanspruchs setzt also zwei Elemente voraus: die anfechtbare Rechtshandlung, welche für die Verjährungsfrist ausschlaggebend ist und die Ausstellung von Verlustscheinen oder die Eröffnung des Konkurses.
Wird der Konkurs nach Ablauf der Fünfjahresfrist eröffnet, so kann der Anspruch nicht mehr zur Entstehung gelangen. Erfolgt der Konkursausbruch vor Ablauf der Fünfjahresfrist, so entsteht der Anspruch, und die Verhährungsfrist kann gemäss OR 135 unterbrochen werden und wieder von neuem zu laufen beginnen(39).

gg) Urteil

Die Gutheissung der Anfechtungsklage bewirkt die Rückgabepflicht des vom Schuldner erworbenen Vermögens. Im Konkurs ist die Rückgabepflicht eine umfassende. Der Anfechtungsbeklagte muss der Masse bzw. dem Abtretungsgläubiger alles zur Verfügung stellen, was er vom Schuldner erhalten hat. Besitzt der Beklagte den ihm anfechtbar übertragene Vermögenswert nicht mehr, so wird aus der Rückgabepflicht eine Schadenersatzpflicht.
Der Anfechtungsbeklagte hat aber Anspruch darauf, dass ihm seine Gegenleistung zurückerstattet wird. Im Konkurs bildet die Rückerstattungspflicht eine Masseschuld. Für nicht mehr vorhandene Werte ist der Beklagte ersatzberechtigt, und seine Forderung wird in Klasse V kolloziert(40).

(39) Guhl 285 ; Fritzsche II 292
(40) Brand, SJK Nr.743, IV Ziff.3 lit.b ; BGE 99 III 82 ff.

b) Der Verantwortlichkeitsanspruch

aa) Aktivlegitimation

Ausser Konkurs sind alle Personen aktivlegitimiert, die in ihrer Eigenschaft als Aktionär von den verantwortlichen Personen mittelbar geschädigt worden sind(41). Die Berechtigung der Gläubiger, zu klagen, ist an die Voraussetzung des eröffneten Konkurses geknüpft, wobei die Aktivlegitimation vorerst der Konkursverwaltung zukommt und erst mit erfolgter Abtretung an die einzelnen Gläubiger übergeht(42). Das Verantwortlichkeitsrecht der Gläubiger ist ein Recht, das ihnen persönlich zusteht, sofern sie in ihrer Eigenschaft als Konkursgläubiger nicht endgültig vom Kollokationsplan gestrichen worden sind, und es ist wie das Anfechtungsrecht ein Recht, das nicht in der Person des Gemeinschuldners entstanden ist, das aber im Interesse aller Gläubiger von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden muss, sofern der Anspruch nicht streitig oder bezogen auf seine Einbringlichkeit zweifelhaft ist.

Der Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubiger ist seiner Natur nach ein Nebenrecht zur Konkursfoderung und gehört zur Konkursmasse(43). Obwohl eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift analog zu SchKG 200 erst mit der Revision vom 28. September 1949 ins SchKG aufgenommen wurde(44), musste schon vorher davon ausgegangen werden: Die gesetzlich verankerte Geltendmachungsordnung in OR 756 besagt nichts anderes, als dass die Einziehungs- und Verwertungsbefugnis aus

(41) Art. 755 und 758 OR

(42) Art. 758 und 756 OR

(43) Schmid 70 f. Ziff.2

(44) Art. 316 lit.1 SchKG bestimmt, dass Verantwortlichkeitsansprüche - also nicht nur der Gesellschaftsanspruch - gleich den Anfechtungsansprüchen zum Massevermögen gehören.

dem Verantwortlichkeitsanspruch jedes einzelnen Konkursgläubigers auf die Konkursverwaltung übergehe und dass das Ergebnis nach Massgabe des Konkursrechts zu verteilen sei, eine Verfahrensweise also, die nur mit Masserechten möglich ist.
Wenn die Konkursverwaltung auf Geltendmachung verzichtet, kann sich jeder Gläubiger sein Recht abtreten lassen und es nach Massgabe von Art. 260 SchKG - d.h. gleich wie andere abtretbare Ansprüche, die in der Person des Gemeinschuldners entstanden sind - geltend machen. Diese Geltendmachungsordnung allein beweist schon, dass das Verantwortlichkeitsrecht jedes Konkursgläubigers Teil der Konkursmasse ist.
In gleicher Weise ist ja auch der Anfechtungsanspruch zu handhaben. Auch er entsteht in der Person des Gläubigers, und auch er geht zufolge des Prinzips der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger zur Geltendmachung auf die Konkursverwaltung über. Zur Konkursmasse gehören eben nicht nur solche Ansprüche, die mit Konkursausbruch vom Gemeinschuldner auf die Konkursmasse übergehen, sondern auch jene Ansprüche, die als Konkursgläubigerrechte konzipiert sind und deren Zweck es ist, das Konkursvermögen zu ergänzen(45).

bb) Realisierung des Anspruchs

Art. 79 I KV präzisiert die Aussage des Art. 200 SchKG. Obwohl die Anfechtungsansprüche zur Masse gehören, können sie infolge ihrer Rechtsnatur als eines Akzessoriums des Gläubigerrechts nicht selbständig verwertet werden(46).
Die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen setzt das diesbezügliche Interesse der berechtigten Gläubiger voraus. Fin-

(45) Fritzsche II 289
(46) Oben (§7/III/B/2/a/aa, S.157)

den sich daher weder die Gläubigergesamtheit noch einzelne Abtretungsgläubiger bereit, einen Anfechtungsanspruch zu verfolgen, so kommt das einem Verzicht auf Ergänzung des Konkursvermögens und auf die entsprechend bessere Deckung der kollozierten Forderungen gleich.

In gleicher Weise müsste u.E. auch mit den Verantwortlichkeitsansprüchen der Gläubiger verfahren werden. Eine diesbezügliche gesetzliche Grundlage wäre entweder noch zu schaffen, oder Art. 79 I KV wäre extensiv auszulegen und würde dann besagen, dass alle als Gläubigerrechte konzipierten Ansprüche, welche mit Konkursausbruch zu Massebestandteilen werden, weder versteigert noch sonstwie veräussert werden dürfen. Die in Art. 79 I KV erwähnten Anfechtungsansprüche hätten dann die Bedeutung eines nicht abgeschlossenen Enumerationskatalogs.
Der Verantwortlichkeitsanspruch des Gläubigers hat dieselbe Rechtsnatur wie der Anfechtungsanspruch, und er dient dem gleichen Zweck: Als Nebenrecht zur Konkursforderung will er der Gläubigerschaft zu einem grösseren Konkurssubstrat verhelfen, und gleich wie beim Anfechtungsanspruch wird hinsichtlich dieser Zielsetzung das Verfolgungsrecht zunächst auf die Konkursverwaltung übertragen. Verzichtet aber nicht nur die Konkursverwaltung, sondern auch sämtliche einzelberechtigten Konkursgläubiger auf Geltendmachung, so wäre nicht einzusehen, weshalb entgegen dem offensichtlichen Willen aller Gläubiger, ihre eigenen Ansprüche selbständig verwertet werden sollten. Die Funktion des Gläubigeranspruchs liegt ja darin, dass der inhaltlich identische, aber von seinem Bestand her gefährdete Gesellschaftsanspruch nicht zum Nachteil der mittelbar Geschädigten untergehen kann. Das heisst aber umgekehrt nicht, dass von diesem Recht auch gegen den Willen der Berechtigten Gebrauch zu machen sei.

Neben den Konkursgläubigern treten überdies die Aktionäre als anspruchsberechtigte Personen auf. Sie sind zwar vom Konkursverfahren ausgeschlossen, bleiben aber gleichwohl berechtigt, ihren Anspruch, der dem Inhalt nach identisch ist mit dem Gesellschafts- und dem Gläubigeranspruch, gegen die verantwortlichen Personen zu erheben, nachdem auf eine konkursmässige Verfolgung verzichtet worden ist. Der Verzicht auf konkursmässige Verfolgung ist daher auch aus diesem Grunde dann anzunehmen, wenn sich anstelle der Konkursverwaltung auch kein Gläubiger innert Frist findet, der auf eigene Kosten den Anspruch geltend machen will.

cc) Anspruchsberechtigung

Einen eigenen Verantwortlichkeitsanspruch haben freilich nur jene Konkursgläubiger, die dem pflichtwidrigen Verhalten der verantwortlichen Personen nicht persönlich zugestimmt haben. Das Wissen und Wollen der Einzelberechtigten schliesst einen eigenen Anspruch aus. Demnach kann auch ein Anspruch zugunsten der Gläubigergesamtheit nur von jenen Konkursgläubigern eingebracht werden, die über einen solchen verfügen, und eine Abtretung kann anderseits nur an jene Gläubiger erfolgen, die einen Anspruch eingebracht haben. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht entschieden, als es die Klage eines Gesellschaftsgläubigers mit der Begründung abwies, dass dieser als ehemaliger Gründer der AG die Schädigung gewollt habe und ihm dieses Wissen persönlich zuzurechnen sei(47).

Tritt z.B. von der Gesamtheit der Konkursgläubiger nur ein einziger als Geschädigter im Sinne der Verantwortlichkeitsbestimmungen auf, so ist nur sein Anspruch Gegenstand

(47) BGE 86 III 159

der Einziehung und Verwertung(48). Ein Gesellschaftsanspruch wird in diesem Fall regelmässig fehlen, da das zurechenbare Wissen und Wollen der Gläubiger nur zusammen mit dem zurechenbaren Wissen und Wollen der Gesellschaft bestehen kann. Es gibt keine Anspruchsausschlussgründe gegenüber einzelnen Gläubigern, ohne dass nicht auch gleichzeitig der Gesellschaftsanspruch ausgeschlossen wäre. So schliesst etwa eine Scheinliberierung des Aktienkapitals einen Verantwortlichkeitsanspruch seitens der Gesellschaft und der mitwissenden Gründer, spätere Aktionäre oder Gläubiger, aus, nicht aber auch jener Personen, die keine Kenntnis von dem Vorfall hatten(49).

Ist also nur ein einziger Konkursgläubiger in der Lage, seinen Verantwortlichkeitsanspruch einzubringen, und macht die Konkursverwaltung diesen geltend, so ergibt sich daraus die merkwürdige Konsequenz, dass auch alle nicht anspruchsberechtigten Konkursgläubiger von der Substanzvergrösserung der Masse profitieren. Die von Hirsch(50) gestellte Frage: "...,est-il admissible que la masse en faillite puisse néanmoins intenter une action en responsabilité contre le contrôleur parce que certains petits créanciers (qui ignoraient tout) sont lésés, alors que l'action profitera aussi aux créanciers importants qui connaissaient la situation?" ist demnach affirmativ zu beantworten.

Analog ist die Situation nämlich auch in der aufrechtstehenden Gesellschaft: Es entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, dass eine Aktionärminderheit die verantwortlichen Personen ins Recht fassen darf (OR 755), und da die Leistung gemäss OR 755 an die Gesellschaft zu erbringen

(48) BGE 86 III 161: Die Ansprüche der Einzelberechtigten haben selbständige Bedeutung, wenn nur sie, oder nur einige von ihnen, begründet sind.

(49) Vgl. den Sachverhalt in BGE 86 III 154 ff.

(50) Hirsch, Treuhänder, 11 Ziff.4

ist, bewirkt dies praktisch, dass das klagegutheissende Urteil hauptsächlich die Substanzanteile der Mehrheit stärkt, jener Mehrheit also, die dem Entlastungsbeschluss (evt. Vergleich) und folglich auch dem Schaden zugestimmt hat.
Vom Ergebnis her ist dies zudem vergleichbar mit dem Fall, in dem ein Konkursgläubiger, der zugleich anzusprechender Drittschuldner ist, vom Prozess profitiert, den die Masse erfolgreich gegen ihn geführt hat. Verzichtet hingegen die Konkursverwaltung auf Geltendmachung und ein Gläubiger lässt sich den Anspruch abtreten(51), so nimmt der betreffende Gläubiger bestenfalls am allfälligen Ueberschuss teil(52).

Zusammenfassend ergibt sich das folgende Bild: Der eigene Anspruch der Gläubiger muss verhindern, dass der Untergang des inhaltlich identischen Gesellschaftsanspruchs nicht zu ihren Lasten die rechtmässige Ergänzung des Konkursvermögens vereitelt.
Jeder Gläubiger hat einen eigenen Verantwortlichkeitsanspruch, sofern er im Sinne der Verantwortlichkeitsbestimmungen als Geschädigter auftritt. Eine erfolgte Zustimmung zur Schädigung schliesst für den betreffenden Gläubiger einen Verantwortlichkeitsanspruch aus, denn es widerspräche dem Sinn des Gesetzes, wenn das Konkurssubstrat in demjenigen Umfang vergrössert werden könnte, in welchem seinerzeit der betreffende Gläubiger die Verminderung angestrebt hatte. Konkursgläubiger ohne eigenen Anspruch profitieren aber vom Verantwortlichkeitsanspruch der andern Gläubiger,

(51) Der Drittschuldner kann auch in seiner Eigenschaft als Konkursgläubiger keine Abtretung begehren, weil er einen fremden Anspruch nicht bei sich selbst geltend machen kann

(52) Flachsmann 14

sofern er von der Konkursverwaltung geltend gemacht wird und im Umfang des Ueberschusses zugunsten der Masse infolge Geltendmachung durch einzelne berechtigte Abtretungsgläubiger. Haben aber alle Konkursgläubiger das schädigende Verhalten der Verantwortlichen gebilligt, so besteht auch keine Möglichkeit, mittels Verantwortlichkeitsklagen das Konkurssubstrat zu vergrössern(53).

dd) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist jedermann, der in seiner Eigenschaft als Gründer, als Mitglied der Verwaltung, der Geschäftsführung, der Kontrollstelle oder als Liquidator infolge pflichtwidrigen Verhaltens das Gesellschaftsvermögen geschädigt hat(54). Dazu gehören auch die Sachwalter (OR 725 IV / SchKG 295), die Sachverständigen (OR 723) und die Kommissäre (OR 731 II / BkG 31 ff)(55).

ee) Verantwortlichkeitsprozess

Ueber eine Verantwortlichkeitsklage kann nicht nur durch Urteil, sondern ebenso durch Vergleich und Anerkenntnis entschieden werden(56).
In der Praxis werden Verantwortlichkeitsprozesse besonders häufig durch den Abschluss eines Vergleichs abgebrochen oder vermieden(57). Insbesondere ist der aussergerichtliche Vergleich zwischen der Gesellschaft und ihren Organen häufig. Er hat den Vorteil, dass unter Umgehung eines in der Regel

(53) Vorne (§7/IV/A/2/b, S.174 f.)

(54) Oben (§1/III, S.2 ff.) ; Bürgi Art. 753/54 N 109 ff.

(55) Henggeler 47 f.; Frick 34, 78 ; Hirsch, Diss, 196 FN 10 ; Schmid 69 ; Bürgi Art. 753/54 N 122 (Sachwalter); Funk Art. 754 N 8 ; Schucany Art. 754 N 6 ; aA Bürgi Art. 753/54 N 120 (Sachverständige und Kommissäre)

(56) Bridel 111 N 23 ; BGE 43 III 164, 49 III 124, 50 III 22, 93 III 63

zeitraubenden und langwierigen Verfahrens und unter Ausschaltung der Oeffentlichkeit eine klare Rechtslage geschaffen werden kann.
Für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch Aktionärminderheiten in der aufrechtstehenden Gesellschaft wird indessen eher der prozessuale Weg in Frage kommen. Es ist kaum anzunehmen, dass entlastete Organe sich je bereit erklären, einen aussergerichtlichen Vergleich mit einer opponierenden Minderheit abzuschliessen.

ff) Gerichtsstand

Unter dem alten OR musste jede Verantwortlichkeitsklage als eine persönliche Klage am Wohnsitz des beklagten Verantwortlichen erhoben werden. Insbesondere in Fällen, da mehrere Personen aus demselben Grund haften, war diese Regelung schwerfällig. Musste doch die Klage möglicherweise in verschiedenen Kantonen erhoben werden, was zur Folge haben konnte, dass dieselbe Angelegenheit unterschiedlich beurteilt wurde(58).
Mit der Revision ist in OR 761 ein spezieller Gerichtstand am Sitz der Gesellschaft geschaffen worden. Einem Kläger kann somit die Einrede aus BV 59 nicht mehr entgegengehalten werden. Anderseits bleibt es ihm aber unbenommen, trotzdem am Wohnsitz des Beklagten zu klagen(59). Werden mehrere Personen für denselben Schaden belangt, so können sie gemeinsam eingeklagt werden(60). Da die gemeinsam belangten Verantwortlichen eine gemeinsame Verteidigung planen können, wirkt sich die Gerichtsstandsbestimmung von OR 761 auch für

(57) Meier-Wehrli 146 N 1

(58) Schucany Art. 761

(59) Funk Art. 761

(60) Die Gerichtsstandsbestimmung von OR 761 ist weder ausschliesslich noch zwingend, vgl. Walder, Zivilprozess, 102

sie vorteilhaft aus(61). Nicht zuletzt können auch jene Personen erfasst werden, die ihren Wohnsitz im Ausland haben(62). Die Vollstreckung dieser Urteile richtet sich jedoch nach den hiefür massgeblichen Staatsverträgen bzw. den ausländischen Gesetzen(63).

gg) Streitwert

Sowohl ausser Konkurs als auch im Konkurs bemisst sich der Streitwert nach dem Gesamtschaden, welcher der Gesellschaft unmittelbar zugefügt worden ist(64).
Ausser Konkurs wirkt sich diese Regelung als echtes Klagehindernis aus, denn eine Aktionärminderheit - sofern sie nicht ziemlich stark ist - schreckt in der Regel vor hohen Prozesskosten zurück, zumal nicht einmal ein allfälliger Prozessgewinn den Klägern direkt etwas einzubringen vermag, dies aufgrund der in OR 755 verankerten Bestimmung, dass die Leistung an die Gesellschaft zu erfolgen hat und demnach hauptsächlich die Substanzanteile der Schadensbefürworter stärkt(65). De lege ferenda sollte zumindest eine analoge Lösung angestrebt werden, wie sie derzeit im Vorentwurf für die Anfechtungsklage aus Art. 706 OR vorgesehen ist(66) und wie sie für den Kanton Zürich der § 64 III ZPO bereits statuiert: Der Richter sollte auf jeden Fall die Möglichkeit haben, selbst bei Abweisung der Verantwortlich-

(61) Fehr 160

(62) Fehr 157

(63) Fritzsche II 3 f., 51: "Noch immer bildet der Staatsvertrag vom 15. Juli 1869 mit Frankreich, der im Verhältnis zwischen der Schweiz und Frankreich den Grundsatz der Universalität und Attraktivität des Konkurses festlegt, eine Ausnahmeerscheinung. Bemühungen zum Abschluss multilateraler Staatsverträge sind über Ansätze nicht hinausgekommen." (Zitat Fritzsche aaO S.4)

(64) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 186 N 16

(65) Oben (§5/II/B/2, S.125 f.)

(66) Oben §3 FN 55

keitsklage, die Gerichtskosten teilweise der Gesellschaft aufzuerlegen und die Parteientschädigung herabzusetzen, sofern sich der Kläger in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah.
Im Konkurs klagt entweder die Konkursverwaltung für die Gläubigergesamtheit oder einzelne Abtretungsgläubiger. Der Streitwert bestimmt sich nach dem Vermögenswert, der dem Zugriff der berechtigten Gläubiger durch die zu verantwortende Handlung entzogen worden ist.

hh) Verjährung

Nach OR 760 I verjährt der Anspruch auf Schadenersatz gegen die verantwortlichen Personen in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der schädigenden Handlung(67).
Ausgangspunkt der Verjährung ist das Vorliegen eines pflichtwidrigen und schädigenden Verhaltens im Sinne der Art. 753/54 OR. Zur Entstehung des Verantwortlichkeitsanspruchs bedarf es ferner der Eröffnung des Konkurses. Wird der Konkurs erst nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist eröffnet, so kann der Verantwortlichkeitsanspruch nicht mehr zur Entstehung gelangen. Erfolgt der Konkursausbruch aber vor Ablauf dieser Frist, so entsteht der Anspruch, und die Fünfjahresfrist beginnt mit dem Konkursdekret zu laufen(68).

(67) Wird die Klage aber aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorschreibt, so gilt diese laut Absatz II auch für den Zivilanspruch, vgl. Funk Art. 760 N 2

(68) BGE 87 II 300, 97 II 403 Erw.3 ; SAG 35(1962/63) 176 ff.

ii) Urteil

Werden ausser Konkurs mehrere konkurrierende Klagen erhoben, so wirkt die rechtskräftige Gutheissung einer einzigen Klage für alle Kläger. Eine Klageabweisung dagegen konsumiert den Anspruch nicht, und das Urteil wirkt nur gegenüber dem betreffenden Kläger(69).
Klagt im Gesellschaftskonkurs die Konkursverwaltung, so wirkt die Gutheissung der Klage gegenüber allen Gläubigern und gegenüber allen Aktionären. Mit der Gutheissung einer einzigen Klage - und der damit verbundenen Verpflichtung zur Ersetzung des Schadens - werden gleichzeitig alle andern Ansprüche konsumiert(69a). Eine Klageabweisung wirkt dagegen nur gegenüber den Gläubigern, sofern alle ihre Einzelansprüche geltend gemacht worden sind, nicht aber auch gegenüber den Aktionären. Ebenso verhält es sich, wenn die Konkursverwaltung auf Geltendmachung verzichtet und der Anspruch von einzelnen Abtretungsgläubigern geltend gemacht wird. Die Gutheissung wirkt auch gegenüber den Aktionären, die Abweisung dagegen nicht.
Die rechtskräftig gutgeheissene Verantwortlichkeitsklage konsumiert den Anspruch schlechthin. Ein abweisendes Urteil wirkt nur gegen den Kläger. Die von der Konkursverwaltung (oder von einzelnen Abtretungsgläubigern) erhobene und abgewiesene Klage wirkt nicht gegenüber den Aktionären, weil die Konkursverwaltung - entgegen dem Wortlaut von OR 756 I - nur die Gläubigeransprüche geltend machen kann und ein klageabweisendes Urteil sich deshalb nicht auf die Aktionäre erstrecken kann.

(69) Schucany Art. 755

(69a) Unter dem Gesichtspunkt, dass der Schadenersatzpflicht nachgekommen wird, dass also Geld eingeht, fehlt freilich die anspruchsbegründende Voraussetzung des Schadens.

IV DER AKTIONAERANSPRUCH

A. Die Regelung des Art. 756 OR

1. Gesetzlicher Wortlaut

Art. 756 OR bestimmt:

"Im Gesellschaftskonkurs steht die Geltendmachung des Anspruchs der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger zunächst der Konkursverwaltung zu.

Verzichtet sie darauf, so ist jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt, die Abtretung des Anspruchs zu verlangen. Das Ergebnis ist nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu verwenden."

Laut Art. 756 I OR ist die Konkursverwaltung nicht nur befugt, neben dem Gesellschaftsanspruch auch die Gläubigeransprüche geltend zu machen, sondern überdies auch die Ansprüche der einzelnen Aktionäre. Verzichtet aber die Konkursversaltung auf Geltendmachung, so sollen sich die Aktionäre - gleich wie die Konkursgläubiger - den Anspruch abtreten lassen können, und zwar nach Massgabe des Konkursrechts(70).

2. Kritik

a) Unmöglichkeit der Gleichstellung der Aktionäre mit den Konkursgläubigern

Im Gesellschaftskonkurs hat die Konkursverwaltung die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen. Ihre Aufgabe besteht vorzüglich darin, die Masseaktiven optimal zu verwerten, um sie gleichmässig, d.h. entsprechend ihrer Rangordnung, unter die Gläubiger zu verteilen.
Mit den Vermögensrechten, die aus der Rechtsbeziehung der Aktionäre mit der Gesellschaft fliessen, hat die Konkursverwaltung indessen nichts zu tun(70a). Aus dem Aktienrecht ergibt sich zwingend, dass die Aktionäre mit eröffnetem Konkurs zurückgedrängt werden. Der Aktienerwerb begründet die Mit-

(70) Meier-Wehrli 102
(70a) Forstmoser, Verantwortlichkeit, II 2.c bb, 38

gliedschaft des Aktionärs in der Gesellschaft, und seine Einlage bildet einen Teil des Grundkapitals, welches zur Befriedigung der Gläubiger dient(71). Solange deren Konkursforderungen nicht vollständig gedeckt sind, kann der Aktionär seinen einbezahlten Betrag nicht zurückverlangen. Der Aktionär hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf einen Anteil am Liquidationserlös, und ein solcher ergibt sich nur, wenn nach Befriedigung aller Gläubiger ein Rest bleibt(72).

Entgegen dem Wortlaut von OR 756 II kann es nicht der Sinn des Gesetzes sein, dass die Aktionäre hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeitsansprüche die Stellung einer besonderen Gruppe von Konkursgläubigern einnehmen und gleich den Gesellschaftsgläubigern ihren Anspruch nach der Regel von SchKG 260 konkursmässig sollen verwerten können. Wie schon vorstehend(73) eingehend erörtert wurde, ist eine konkursmässige Abtretung an Aktionäre rechtlich unmöglich. Jede Abtretung setzt die Kollokation einer Forderung voraus, und die Vermögensrechte des Aktionärs gegenüber der gemeinschuldnerischen AG sind aus aktienrechtlichen Gründen nicht kollokationsfähig(74).
Art. 756 II OR kann sinnvollerweise nur die Bedeutung haben, dass mit eröffnetem Konkurs der Aktionär vorerst nicht mehr klagen kann. Das Konkursverfahren steht im Dienste der

(71) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 205 N 10 ; OR 620 I

(72) Meier-Wehrli 103 ; Oben (§5/II/B/1/c, S.119 ff.)

(73) Oben (§5/II/B/1/c/cc, S.119)

(74) Zu kritisieren ist an dieser Stelle die Ansicht von Meier-Wehrli (102, 105), welcher irrtümlicherweise annimmt, die Aktionäre hätten deshalb im Gesellschaftskonkurs keinen Platz, weil ihre Ersatzforderungen aus mittelbarem Schaden nicht kolloziert werden können. Es können aber auch die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger nicht kolloziert werden, denn sie richten sich nicht gegen die konkursite Gesellschaft, sondern gegen Dritte. Die Aktionäre haben nur deshalb mit dem Konkursverfahren nichts zu tun, weil ihre Vermögensrechte gegenüber der Gesellschaft nicht kollozierbar sind.

Gläubigerbefriedigung, weshalb auch der Verantwortlichkeitsanspruch, der eine Erweiterung der Aktivmasse ermöglicht, zunächst ausschliesslich den Gläubigern zur Verfügung steht.

Aus diesem Grund wird das Geltendmachungsrecht der Aktionäre solange zurückgedrängt, bis feststeht, dass der Verantwortlichkeitsanspruch nicht konkursmässig verfolgt wird. Eine konkursmässige Verfolgung kann freilich nur seitens der Konkursverwaltung, bzw. eines Gläubigerausschusses (SchKG 237 III Ziff.3) oder seitens einzelner Abtretungsgläubiger erfolgen, und das Geltendmachungsrecht geht dann wieder auf die Aktionäre über, wenn weder die Konkursverwaltung noch einzelne Abtretungsgläubiger den Anspruch geltend gemacht haben. Der Uebergang des Verfolgungsrechts auf die Aktionäre erfolgt eo ipso, wenn bekannt gegeben wird, dass man den Anspruch nicht konkursmässig verfolgt; es handelt sich daher nicht um eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG(75)(75a).

Verfolgen einzelne Aktionäre ihren Anspruch, nachdem von einer konkursmässigen Geltendmachung abgesehen wurde, so haben sie die Leistung nicht mehr an die Gesellschaft, sondern an sich selbst zu verlangen(76).

b) Fehlende Rechtfertigung zur Verwendung der Aktionäransprüche zugunsten der Gläubiger

Gemäss OR 756 I absorbiert die Konkursverwaltung zunächst das Klagerecht der Aktionäre. Das kann bedeuten, dass die

(75) Es wäre daher eine Bestimmung zu schaffen, welche die Konkursverwaltung verpflichtet, der Gesamtheit der Aktionäre bekanntzugeben, dass auf konkursmässige Verfolgung verzichtet worden sei, und dass der Anspruch wieder von den Aktionären geltend gemacht werden könne.

(75a) vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, FN 65, der in unserem Sinn die Abtretung der Aktionäransprüche als Institut sui generis bezeichnet.

(76) Fehr 153 ; Meier-Wehrli 105 ; oben (§5/II/B/1/c/bb, S. 120 und §5/II/B/3/a/bb, S.127)

Konkursverwaltung neben den Gläubigeransprüchen auch jene der Aktionäre wahrnehmen soll, oder aber, dass die Aktionäransprüche vorerst den Gläubigerinteressen zu dienen haben. Beide Möglichkeiten sind als systemwidrig abzulehnen.

Die Ablehnung der ersten der beiden möglichen Bedeutungen ergibt sich aus den vorstehenden Erörterungen(77). Ziel des Konkurses ist eine möglichst hohe und gleichmässige Befriedigung der Gläubiger; mit dem Wesen des Konkursrechtes ist es daher unvereinbar, dass die Konkursverwaltung nebenher für andere Vermögensansprüche tätig wird als für die Gesamtheit der kollozierten Forderungen. Auch das Aktienrecht verbietet eine Berücksichtigung der Aktionäransprüche vor der vollständigen Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger(78), und da der Konkurs ein Vorgang ist, der mit seltenen - für das Gesetz unmassgeblichen - Ausnahmen zu Verlusten führt(79), ist eine Berücksichtigung der Aktionärinteressen innerhalb des Konkursverfahrens ausgeschlossen.

Der gesetzliche Wortlaut von OR 756 I scheint ferner die Möglichkeit zuzulassen, dass sich die Konkursverwaltung zugunsten der Gläubiger - im Sinne einer Konkurssubstratserweiterung - zusätzlich der Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre bedienen darf. Diese Interpretation ist aus den folgenden Gründen abzulehnen: Der Verantwortlichkeitsanspruch jedes einzelnen Aktionärs und Gläubigers ist ein Recht, das ihm persönlich zusteht, sofern die allgemeinen Voraussetzungen, wie Nichtzustimmen zum Substanzverlust und Eigenschaft als Aktionär oder Gläubiger zur Zeit der Klage, vorliegen.

(77) Oben (§5/II/B/1/c, S.119 ff. und(§7/IV/A/2/a, S.171 f.)

(78) Art. 620 OR ; Funk Art. 620 N 3 ; Schucany Art. 620 N 5 ; Siegwart Art. 620 N 16-18

(79) Fritzsche II 274

Der Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubiger hat die Funktion, die Konkursgläubiger vor ungerechtfertigten Substanzverlusten zu schützen, und zwar in der Weise, dass sie im Gesellschaftskonkurs die Vermögensteile, die zum Haftungssubstrat gehören, aus eigenem Recht einfordern können, um sich so eine Deckung zu verschaffen, die ihren legitimen Interessen entspricht. Da die Gläubiger grundsätzlich keine Möglichkeit haben, auf gesellschaftsinterne Entscheide einzuwirken, wären sie ohne eigenen Verantwortlichkeitsanspruch ungenügend geschützt(80).
Das als Gläubigerschutz konzipierte Verantwortlichkeitsrecht setzt indessen voraus, dass wenigstens ein einziger aller Konkursgläubiger als Geschädigter im Sinne der Verantwortlichkeitsbestimmungen auftritt(81). Ist in einem bestimmten Fall keiner der Konkursgläubiger in der Lage, zum Zweck der konkursmässigen Verwertung den eigenen Verantwortlichkeitsanspruch einzubringen, weil allen Gläubigern das Wissen und Wollen der schädigenden Handlung zugerechnet werden muss, so ist die Möglichkeit einer Ergänzung des Konkursvermögens um jenen Betrag, der aus Verantwortlichkeit zu vertreten wäre, ausgeschlossen. Die Konkursmasse ist nur um die Vermögenswerte zu vergrössern, die von Rechts wegen in die Masse gehören. Haben aber alle Gläubiger dem derzeitigen Substanzverlust zugestimmt - z.B. in ihrer Eigenschaft als Gründer der Gesellschaft - so erfüllt das entsprechend verringerte Gesellschafts- bzw. Massevermögen das geschuldete Haftungssoll.

Es besteht demnach kein Grund, dass die Konkursverwaltung zur besseren Befriedigung der Konkursgläubiger die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre verwerten sollte.

(80) Vgl. die Fälle von Vergleich, Entlastung und "volenti non fit iniuria", oben §§ 3 und 4

(81) Oben (§7/III/B/2/b/cc, S.163 ff.)

Solange auch nur ein einziger Gläubiger einen eigenen Anspruch hat, bedarf es der Aktionäransprüche ohnehin nicht. Wenn aber, was freilich kaum je der Fall sein wird, keiner der Konkursgläubiger anspruchsberechtigt ist, darf die Masse nicht vergrössert werden, weil sie bereits den Umfang hat, der den legitimen Interessen aller Gläubiger entspricht.

B. Der Sinn des Art. 756 OR

Um die Aussage des Art. 756 OR richtig zu verstehen, darf man sich nicht nur an den engen Wortlaut halten. Der Sinn dieser Bestimmung wird erst verständlich, wenn sie innerhalb des systematischen Gefüges der Rechtsordnung betrachtet wird. Die Funktion und die nähere Gestalt einer Bestimmung lassen sich anhand ihrer Wechselwirkung mit dem ganzen Rechtssystem erkennen, wobei in unserem Fall die Einbeziehung des Rechtszusammenhangs zu einer Sinngebung führt, die den Gesetzeswortlaut verändert(82).

Der sich aus dem System der Rechtsordnung ergebende Sinn des Art. 756 OR ist der folgende: Der Konkursausbruch bewirkt, dass die Konkursverwaltung in Ausführung ihrer gesetzlichen Obliegenheiten den Gesellschaftsanspruch und die Gläubigeransprüche geltend macht. Verzichtet sie darauf, so steht es den Konkursgläubigern frei, die Abtretung des Anspruchs zu verlangen(83). Der Verantwortlichkeitsanspruch der Aktionäre kann bis zu dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, dass auf konkursmässige Verfolgung verzichtet wird, nicht mehr geltend gemacht werden. Der Verzicht auf konkursmässige Geltendmachung bewirkt, dass jeder Aktionär seinen eigenen Anspruch wieder verfolgen kann.

(82) Vgl. Meier-Hayoz Art. 1 ZGB N 137 ff., 188 f.

(83) Zum Gegenstand der Abtretung, vgl. vorne in § 8

§ 8 DIE WAHRNEHMUNG DER VERANTWORTLICHKEITSANSPRÜCHE DURCH DIE KONKURSGLÄUBIGER

I GLAEUBIGERANSPRUCH UND GESELLSCHAFTSANSPRUCH

A. Grundsätzliches zur Geltendmachung

Wird der Konkurs eröffnet über einer Gesellschaft, welche durch das Verhalten der in OR 753/54 bezeichneten verantwortlichen Personen geschädigt wurde, so stehen zur Einforderung des Schadens bestenfalls der Gesellschaftsanspruch und soviele Einzelansprüche zur Verfügung, wie es kollozierte Forderungen gibt.
Die Konkursverwaltung, die gegen die verantwortlichen Personen klagt, wird alle bestehenden Ansprüche gleichzeitig geltend machen. "Die gleichzeitige Geltendmachung der dieselbe Leistung betreffenden Ansprüche dieser Einzelberechtigten geschieht also meistens vorsorglicherweise, für den Fall eben, dass dem Anspruch der Gesellschaft, nicht aber jenen andern Ansprüchen oder doch einzelnen von ihnen nicht besondere Einreden entgegenstehen"(1). Muss die Konkursverwaltung aber davon absehen, die verantwortlichen Personen einzuklagen, sei es, dass der Anspruch streitig ist oder die Einbringlichkeit bezweifelt wird, so hat sie den Konkursgläubigern die Möglichkeit zu geben, ein Abtretungsbegehren zu stellen, damit sie auf eigene Kosten und Gefahr den Anspruch geltend machen können. Die diesbezügliche Entscheidung wird in der Regel anlässlich der zweiten Gläubigerversammlung gefällt(2). War die Versammlung nicht beschlussfähig, so ist die Entscheidung über den Verzicht auf Geltendmachung auf dem Zir-

(1) BGE 86 III 161

(2) Götzinger 517 f.; Bridel 117 ff. insbes. N 37 ; BGE 75 III 17 ; Zur Beschlussfassung vor Abhaltung der zweiten Gläubigerversammlung vgl. Art. 48 II KV

kularweg herbeizuführen(3). Liegt über einen streitigen Masseanspruch kein Gläubigerbeschluss vor, so können die Gläubiger während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens verlangen, dass ein solcher nachgeholt werde(4).

B. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG als Verwertungsmodus

1. Grundvoraussetzung für Verwertungsmassnahmen

Die Grundvoraussetzung für die Verwertung von Aktiven im Konkurs ist das vorangegangene Vollstreckungsverfahren. Verwertet werden alle zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände. Daher muss vorgängig der Verwertung festgestellt werden, welche Vermögenswerte überhaupt zur Masse gehören. Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, ohne dass ein Konkursgläubiger binnen Frist die Durchführung des Verfahrens begehrt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet, so ist eine konkursmässige Verwertung der vorhandenen - für die Durchführung des Verfahrens jedoch zu geringen - Aktiven ausgeschlossen(5).

(3) Jaeger/Däniker Art. 260 N 6 ; BGE 71 III 137

(4) Favre, SJK, IV Ziff.4 ; Bridel 117 N 34 ; Auch dem debitor cessus steht dieses Recht zu, selbst wenn er persönlich kein Konkursgläubiger ist (BGE 53 III 71); BGE 58 III Nr.24 , 77 III 79 ff. insbes. 84

(5) Die in SchKG 230 III vorgesehene Möglichkeit, den Schuldner nach eingestelltem Konkurs während der zwei folgenden Jahre zu betreiben, setzt freilich die Existenz des Schuldners voraus. Die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister aber bewirkt den Untergang derselben (Art. 66 II HRV). Wenn die Vertreter der Gesellschaft, deren Aktiven für die Verfahrenskosten nicht ausreichen, gegen die Löschung keine Einsprache erheben - obwohl noch liquidierbare Aktiven vorhanden sind -, besteht die Möglichkeit, die Wiedereintragung der Gesellschaft zu erwirken. Diese Möglichkeit besteht auch in jedem Fall, da nach Löschung der Gesellschaft neue Verbindlichkeiten zutage treten. Berechtigt,

2. Teilnahme der Gläubiger an der Verwertung

Art. 260 SchKG ist ein Rechtsinstitut, welches die Teilnahme der Gläubiger an der Verwertung in besonders intensiver Weise ermöglicht(6). Zwecks einer möglichst hohen Befriedigung der Gläubiger sieht SchKG 260 vor, dass sich jeder einzelne von ihnen den streitigen Anspruch abtreten lassen kann, um ihn selbständig, d.h. auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Die Prämie für die Risikotragung besteht im Prozessgewinn des streitenden Gläubigers bis zum Betrag seiner Konkursforderung(7).

Die Bedeutung des Art. 260 SchKG als Verwertungsart ist darin zu sehen, dass er eine optimale Ergiebigkeit der zu liquidierenden Konkursmasse gewährleistet; allerdings mag dadurch die Abwicklung verzögert werden(8).

die Wiedereintragung zu verlangen, sind die Liquidatoren, die ehemalige Verwaltung, die Aktionäre und die Gläubiger. Voraussetzung für die Wiedereintragung ist die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses, vgl. Funk Art. 747 N 2 ; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 283 N 25 f.; F.v.Steiger, Prüfung, 78 ff.; BGE 64 I 334 ff., 73 III 62, 67 I 122 Erw.3, 78 I 451 ff.

Die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger können aber nicht auf diese Weise, also nach eingestelltem Konkursverfahren noch verfolgt werden. OR 758 schreibt vor, dass die Gläubigeransprüche im Gesellschaftskonkurs geltend zu machen sind. Hat daher das Konkursgericht die Einstellung des Verfahrens beschlossen, so kann eine Verantwortlichkeitsklage nur noch erhoben werden, wenn ein Gläubiger gemäss Absatz II des Art. 230 SchKG die Durchführung des Verfahrens begehrt und Sicherheit für die Kosten leistet.

(6) Blumenstein 807

(7) BGE 41 III 337

(8) Flachsmann 24 ff.

3. Gegenstand der Abtretung

a) Allgemeines

"Gegenstand der Abtretung kann jeder möglicherweise der Masse zustehende materiellrechtliche und verwertbare Anspruch sein, welcher zur Vermehrung des Aktivbestandes dient und dessen Zugehörigkeit zur Konkursmasse durch ein gerichtliches Verfahren festgestellt werden muss"(9). Damit ein Anspruch abtretbar ist, muss er streitig oder bezogen auf seine Einbringlichkeit zweifelhaft sein. Obwohl der Art. 260 dieses Erfordernis nicht ausdrücklich nennt, ist aus folgenden Gründen davon auszugehen: Art. 243 SchKG bestimmt, dass unbestrittene und fällige Guthaben der Masse von der Konkursverwaltung, nötigenfalls auf dem Betreibungsweg, einzuziehen sind. So lässt sich also die Eintreibung von fälligen und unbestrittenen Guthaben nicht auf dem Weg des Art. 260 an andere Personen delegieren. Ein weiterer Hinweis gibt der Art. 269 III SchKG, der unter ausdrücklicher Erwähnung "zweifelhafter Rechtsansprüche" auf den Art. 260 verweist. Im gleichen Sinn ist auch der Wortlaut des Art. 79 II KV deutlich: Er verbietet die Versteigerung streitiger Rechtsansprüche der Masse, bevor die Mehrheit der Gläubiger auf selbständige Geltendmachung verzichtet hat und die angesetzte Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren gemäss SchKG 260 unbenützt verstrichen ist.

(9) Flachsmann 29 ; BlSchK 1964 114: "Solange die Nichtexistenz angeblicher Ansprüche der Konkursmasse nicht eindeutig festgestellt ist, bilden sie grundsätzlich Bestandteil der Aktivmasse und sind, ausdrücklicher Verzicht der Gläubiger auf deren Geltendmachung vorbehalten, zu verwerten. Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf Verfolgung der Ansprüche...so ist den Gläubigern Gelegenheit zur Stellung von Abtretungsbegehren zu geben."

Der abzutretende Anspruch muss auf jeden Fall so lange streitig sein, als die Abtretungsurkunde dem Gläubiger noch nicht ausgehändigt worden ist(10). Die Abtretung ist ferner zu widerrufen, wenn nach erfolgter Abtretung der Anspruch vom Drittschuldner anerkannt wird, ohne dass seitens des Abtretungsgläubigers irgendwelche Schritte zur Eintreibung desselben vorgekehrt worden sind(11). Die Abtretung ist auch immer dann ausgeschlossen, wenn die Masse mit dem Drittschuldner einen Vergleich abschliesst und damit den Anspruch geltend macht(12). Das Bundesgericht hat es jedoch als zulässig erklärt, dass die Gläubigerversammlung, anstatt einen Vergleich selber abzuschliessen, den Anspruch zu weiterer Rechtsverfolgung nach SchKG 260 abtrete, unter der Bedingung, dass das vergleichsweise der Masse Zugestandene ihr von dem Abtretungsgläubiger vergütet werde(13). Der dem Abtretungsgläubiger laut SchKG 260 II zufallende Prozessgewinn beinhaltet in diesem Fall nur jenen Mehrbetrag, welcher die Vergleichssumme übersteigt. Ausgeschlossen ist ferner eine Abtretung dann, wenn die Mehrheit der Gläubiger der zweiten Gläubigerversammlung die gegnerische Forderung anerkannt hat(14).

(10) Flachsmann 30 ; Fritzsche II 170

(11) Fritzsche aaO ; Flachsmann 92 ; BGE 84 II 44

(12) Fritzsche II 171 ; BGE 67 III 39 Erw.3 , 61 III 131

(13) Jaeger/Däniker Art. 260 N 6 ; BGE 52 III 19 , 52 III 66 ff. Erw.4 , 76 III 102 , 78 III 138 ; BlSchK 1960 188 ; Interessant sind die Ausführungen Bridels (129 f. N 53/54), welcher das gleiche Verfahren de lege ferenda anlässlich jeder Abtretung vorschlägt, und zwar insofern, als die Versteigerung immer vorgängig der Abtretung durchgeführt werden soll, wobei jeder Abtretungsgläubiger gewissermassen ein Vorkaufsrecht hat, aber der Masse auf jeden Fall den Versteigerungserlös vergüten muss.

(14) Favre, SJK, IV Ziff.1 ; Art. 47 KV

b) Hinsichtlich der Verantwortlichkeitsklagen

Da grundsätzlich jeder streitige Masseanspruch abtretbar ist, welcher der Vermehrung des Aktivbestandes oder der Verminderung des Passivbestandes(15) dient, ist die Lehre und die Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass jeder Gläubiger, der die Abtretung des Verantwortlichkeitsanspruchs verlangt, aus doppeltem Recht zur Klage legitimiert sei(16).
Ungeachtet der Bejahung eines doppelten Klagerechts lässt es die Praxis nicht zu, dass ein Abtretungsgläubiger gegen ihn persönlich gerichtete Einreden dadurch entkräftet, dass er sich auf die Stellung als Prozessführungsbeauftragter der Konkursmasse beruft(17).

Von einer doppelten Klagelegitimation kann aber begriffsnotwendig dann nicht die Rede sein, wenn infolge von Einreden, die zur Abweisung der Klage aus dem einen Rechtsgrund führen, die Ueberprüfung des Begehrens aus dem andern Rechtsgrund nicht erfolgen kann. Ist ein Kläger nämlich aus zweifachem Recht zur Klage legitimiert, so muss er sein Rechtsbegehren auch auf beide klagebegründenden Normen stützen können, und wird sein Begehren aufgrund des einen Klagegrundes abgelehnt, so ist im selben Verfahren zu überprüfen, ob dem Begehren aufgrund der konkurrierenden Norm(18)

(15) Favre, SJK, II

(16) Meier-Wehrli 101 f.; Fehr 155: "Der Gläubiger ist dann in doppelter Form zur Prozessführung legitimiert: als Prozessführungsbevollmächtigter der Masse und aus eigenem Recht." ; BGE 86 III 163: "Die Abtretung an einen Gläubiger umfasst das Recht zur Geltendmachung sowohl der Ansprüche der Masse (gemäss Art. 260 SchKG) wie auch seiner eigenen Ansprüche (gemäss Art. 756 II OR)"

(17) BlZR 60(1961) 220 f.

(18) Zur Anspruchsnormenkonkurrenz, die im Gegensatz zur Anspruchskonkurrenz die gesamte materiellrechtliche Stellung des Berechtigten umfasst, von einem bestimmten Gegener eine bestimmte Leistung zu verlangen und sie notfalls gerichtlich durchzusetzen, vgl. Georgiades 140 ff.; Larenz aT 213

entsprochen werden kann. Ein Rechtsbegehren ist daher erst dann als unbegründet abzuweisen, wenn beide angerufenen(19) rechtlichen Gesichtspunkte überprüft worden sind und sich aus beiden die Abweisung der Klage ergibt(20).

Lehre und Praxis sind dahingehend zu kritisieren, dass sie behaupten, es werde ein doppeltes Recht abgetreten, ohne dem Berechtigten die Möglichkeit einzuräumen, von diesem zweifachen Recht Gebrauch zu machen. Da im Ergebnis der Lehre und Rechtsprechung beizupflichten ist, muss im folgenden dargetan werden, dass die Berechtigung des Abtretungsgläubigers nicht Resultat einer doppelten Klagelegitimation ist. Zu untersuchen ist also, in welcher Weise die Art. 756 II OR und 260 I SchKG konkurrieren.

II ZUR KONKURRENZ DER ART. 756 II OR UND 260 I SCHKG

A. Zusammentreffen mehrerer Rechtssätze

1. Ueberblick

Ein Sachverhalt kann von mehreren Tatbeständen oder Rechtssätzen - teilweise oder vollständig - erfasst werden, so dass abgeklärt werden muss, ob sich die mehreren Rechtsfolgen kumulieren, ob sie alterieren oder ob eine Rechtsfolge die andere verdrängt(21).

a) Anspruchskumulation

Ein Sachverhalt kann aufgrund verschiedener Normen verschiedene Ansprüche bewirken, die auf verschiedene Leistungen gerichtet sind und daher nebeneinander verwirklicht werden können. Eine Körperverletzung gibt dem Verletzten

(19) Zur relativen und absoluten Geltung des Rechtsgrundsatzes "iura novit curia" vgl. Schwander 200 ff.; I. Meier 147

(20) Larenz aT 212 f.

einen Anspruch auf Ersatz des Schadens (OR 46) und überdies eventuell einen Anspruch auf Genugtuung (OR 47). Diese Ansprüche stehen dem Berechtigten nebeneinander zu, jeder der beiden eingeklagten Ansprüche bildet einen besonderen Streitgegenstand. Man spricht hier von Anspruchshäufung oder Anspruchskumulation(22).

b) Anspruchskonkurrenz und Anspruchsnormenkonkurrenz

Kann sich der Kläger wahlweise auf die eine oder andere anspruchsbegründende Norm berufen, weil die nach diesen verschiedenen Normen begründeten Ansprüche inhaltlich gleich sind, so wird dafür in der schweizerischen Literatur der Ausdruck Anspruchskonkurrenz verwendet(23).

Wie schon oben in FN 18 erwähnt wurde, unterscheidet die neuere deutsche Lehre zwischen der Anspruchskonkurrenz und der Anspruchsnormenkonkurrenz. Desgleichen auch die italienische Lehre mit ihrem concorso di diritti und dem concorso di norme. Unter Anspruchskonkurrenz wird ein Nebeneinanderbestehen von Normen verstanden, die trotz Personen- und Leistungsidentität so wesensverschieden sind, dass jede einzelne von ihnen einen eigenen Anspruch erzeugt(24). Da sich aber alle diese Ansprüche auf das gleiche wirtschaftliche Ziel richten, braucht nur ein einziger erfüllt zu werden(25).

(21) Larenz, Methodenlehre, 250 ; Dietz 62 ff.; Enneccerus/Nipperdey aT § 60 ; Georgiades 84 ff., 166

(22) Larenz aT 210 ; Guhl 196

(23) Oftinger I 433 ; Becker Komm. OR 1. Abt., allg. Best., 477 N 10

(24) Georgiades 164, 219 ff.; Larenz aT 214

(25) So verwirklicht der dingliche Anspruch das hinter ihm stehende dingliche Recht, und eine Anspruchsidentität zwischen dem dinglichen Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) und einem schuldrechtlichen Rückgabeanspruch (z.B. § 556 BGB) kann nicht angenommen werden.

Demgegenüber baut die Anspruchsnormenkonkurrenz auf einem neuen Anspruchsbegriff auf. Der Anspruch wird nicht mehr als zwingender Ausfluss eines einzigen Rechtssatzes verstanden, sondern er charakterisiert eine materielle Rechtslage, welche sehr wohl auf einer Mehrzahl von Anspruchsgrundlagen fussen kann. Die Anzahl von Gesetzestatbeständen bedingt nicht eine entsprechende Anzahl von Ansprüchen, weil ein Anspruch nicht immer mit den Merkmalen einer einzigen Norm erfasst werden kann. Quelle der materiellen Berechtigung ist nicht der einzelne Rechtssatz, sondern die gesamte Rechtsordnung(26). Ebenso liegt nach italienischer Lehre ein concorso di norme vor, wenn ein bestimmtes Ereignis (fatto) ein einziges Recht bewirkt, welches sich aber auf verschiedene Gesetzesnormen gründet(27). Es gibt dann nur eine actio, weil nicht nur das petitum (z.B. il risarcimento del danno), sondern auch die causa petendi (il fatto dannoso) dasselbe zum Inhalt haben. Somit bewirkt der concorso di norme gleich der deutschen Anspruchsnormenkonkurrenz eine einzige Klage, die auf zwei oder mehreren Normenkomplexen beruht(28).

c) Verdrängende Konkurrenz

Es ist aber auch möglich, dass von mehreren Vorschriften die eine den Vorzug hat und daher die andern verdrängt. "Dies trifft namentlich dann nicht selten zu, wenn eine speziellere Vorschrift gewisse Fälle, die an sich unter eine allgemeine Regel fallen würden, in besonderer Weise ordnet"(29).

(26) Georgiades 243 ; Larenz aT 212 f.; Larenz, Methodenlehre, 253 FN 29

(27) Chiovenda, Istituzioni, No. 114 p.318 ; de Cupis 48 ff.

(28) Cass. 18. März 1950 No.740 in Resp.civ.prev. 1950, 313

(29) Enneccerus-Nipperdey aT § 60, I Ziff.3

Decken sich die Tatbestände zweier Normen nur teilweise, so dass einige Fälle nur den einen, einige den andern und weitere beide Tatbestände erfüllen(30), so stellt sich freilich die Frage, ob, soweit auf einen Sachverhalt beide Tatbestände zutreffen, die Rechtsfolgen beider Rechtssätze nebeneinander anzuwenden sind oder ob der eine den andern verdrängt. Massgebliche Grundlage zur Entscheidung dieser Frage bildet der vom Gesetz angestrebte Zweck. "Es kann sein, dass das Gesetz bestimmte Vorgänge aus besonderen Gründen einer einheitlichen Regelung hat unterwerfen wollen, die es für diese Fälle als abschliessend gedacht hat. Wollte man dann auf einen Teil dieser Vorgänge, die auch dem Tatbestand einer andern Norm unterfallen, diese andere Norm ebenfalls anwenden, so könnte der Zweck der besonderen Regelung damit...vereitelt werden"(31). Die Frage, wann von zwei Normen nur die eine (die verdrängende) zur Anwendung gelangt, beurteilt sich nach dem verfolgten Zweck des Gesetzes. Dietz(32) spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von der "Subsidiarität infolge erschöpfender Regelung".

2. Schweizerische Konkurrenzlehre

a) Allgemeines

Im Gegensatz zu Deutschland ist das Konkurrenzproblem in der schweizerischen Literatur ausserordentlich knapp behandelt. Es erschöpft sich im wesentlichen in der Darstellung der Verhältnisse bei vertraglicher und ausservertraglicher Schädigung.

(30) Also kein Fall der Spezialität
(31) Larenz, Methodenlehre, 252
(32) Dietz 62

b) Gesetzeskonkurrenz

Oberbegriff der schweizerischen Konkurrenzlehre ist die Gesetzeskonkurrenz. Die Gesetzeskonkurrenz kann eine alternative oder eine exklusive sein. Unter Alternativität versteht man die Konkurrenzform, die dem Kläger gestattet, sich wahlweise auf die eine oder andere Norm zu berufen(33), und Exklusivität bedeutet, dass die eine Norm die andere ausschliesst und dass sich der Kläger somit nur auf die ausschliessende Klagegrundlage stützen darf(34).

c) Anspruchskonkurrenz

Kann sich der Kläger wahlweise auf die eine oder andere anspruchsbegründende Norm berufen, handelt es sich also um einen Fall der Alternativität, so wird vielfach auch der Ausdruck Anspruchskonkurrenz verwendet(35).

B. Die Exklusivität des Art. 756 II OR

1. Der eigene Anspruch der mittelbar Geschädigten

Wie wir bereits festgestellt haben(36), schützt der Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens gemäss OR 753/54 die legitimen Interessen der Aktionäre und Gläubiger, indem eine Einwilligung der Gesellschaft in ungerechtfertigte Substanzverluste nur ihren Ersatzanspruch und den Anspruch jener Einzelberechtigten ausschliesst, die ihre diesbezügliche Zustimmung erteilten. Alle andern gesetzlich geschützten

(33) Oftinger I 427 ; Becker Komm. OR 1. Abt., allg. Best., 477 N 10 ; Çağa 157

(34) Oftinger I 427

(35) Oftinger I 433 ; Becker aaO ; Çağa aaO ; aA bezüglich der Gleichsetzung der beiden Begriffe, Enneccerus-Nipperdey § 60, I Ziff.2

(36) Oben (§4/II/B/3/b, S.80 ff.)

Personen gelten als Geschädigte, weshalb ihnen auch das Recht zusteht, gegen die verantwortlichen Personen zu klagen. Der Anspruch der mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger bezweckt, dass der inhaltlich identische, von seinem Bestand her aber gefährdete, Gesellschaftsanspruch nicht zu ihrem Nachteil untergeht(37).

2. Der Zweck des Art. 756 II OR

Wie das Obergericht Zürich richtig erkannt hat, geht es nicht an, dass ein Abtretungsgläubiger den Gesellschaftsanspruch geltend macht, wenn seinem eigenen Verantwortlichkeitsanspruch aus mittelbarem Schaden Einreden entgegenstehen: "Es ist davon auszugehen, dass zunächst die Forderung des Klägers als Gesellschaftsgläubiger zu beurteilen ist"(38). Sind die Forderungen aus eigenem Recht bereits gegenstandslos, so kann die Klage aus dem inhaltlich identischen Gesellschaftsanspruch nicht mehr beurteilt werden(39).
Es ist indessen zu beachten, dass in der Regel Einreden gegen Verantwortlichkeitsansprüche von Einzelberechtigten nur berechtigt sind, wenn auch gegen den Gesellschaftsanspruch dieselben Einreden erhoben werden können, denn ein einzelner Aktionär oder Gläubiger kann kaum je in eine widerrechtliche Schädigung eingewilligt haben, ohne dass die Gesellschaft ihrerseits das betreffende Schadensereignis gebilligt hat. Sollte dies aber in einem besonderen Fall trotzdem zutreffen, so ist es freilich richtig, dass neben der Klage aus dem eigenen Anspruch des Gläubigers - die dann als unbegründet abzuweisen ist - kein anderer Anspruch

(37) Oben (§7/III/B/2/b/bb, S.161 ff.)
(38) BlZR 60(1961) 221
(39) In diesem Sinne Meier-Wehrli 101

Gegenstand der Klage bilden kann. Wie schon früher(40) festgestellt wurde, verhält es sich so, dass nur jene Konkursgläubiger einen eigenen Anspruch haben, die dem pflichtwidrigen Verhalten der verantwortlichen Personen nicht zugestimmt haben. Ein Anspruch zugunsten der Gläubigergesamtheit kann daher auch nur von jenen Personen eingebracht werden, die über einen solchen verfügen, und eine Abtretung kann endlich nur an jene Konkursgläubiger gültig erfolgen, die einen eigenen Anspruch eingebracht haben.

3. Die erschöpfende Regelung des Art. 756 II OR

a) Darstellung

Immer wenn ein Abtretungsgläubiger über einen eigenen Verantwortlichkeitsanspruch verfügt, genügt dieser Anspruch als Klagegrundlage; der inhaltlich identische Gesellschaftsanspruch ist daher nicht erforderlich, um gegen die verantwortlichen Personen erfolgreich vorgehen zu können. Hat ein Konkursgläubiger aber keinen eigenen Anspruch, weil er derzeit der Substanzverminderung durch die Verantwortlichen zugestimmt hat, so weist das Konkursvermögen bereits den Umfang auf, den es nach dem kundgegebenen Willen des betreffenden Gläubigers haben sollte, und eine Verantwortlichkeitsklage gestützt auf einen fremden Anspruch - insbesondere den Gesellschaftsanspruch - wäre sinnwidrig.

b) Besonderheit der Verantwortlichkeitsansprüche

Die Besonderheit bei den Verantwortlichkeitsansprüchen liegt darin, dass verschiedenen Personenkreisen ein inhaltlich identischer Anspruch zusteht. Dieses Phänomen

(40) Oben (§7/III/B/2/b/cc, S.163 ff.)

wirkt sich auch im Gesellschaftskonkurs aus: Ein bestimmter Anspruch - der Verantwortlichkeitsanspruch - wird eben nicht nur von einer Seite in die Masse eingebracht, sondern bestenfalls zugleich von zwei. Die meisten Ansprüche sind in der Person des Gemeinschuldners entstanden und gehen in dessen Konkurs auf die Masse über. Andere Ansprüche, wie die Anfechtungsansprüche, sind ausschliessliche Gläubigerrechte, die im Konkurs zu Masserechten werden (SchKG 200). Die Verantwortlichkeitsansprüche aber sind Rechte, die sowohl der Gesellschaft als auch allen Konkursgläubigern erwachsen sind und die mit Konkurseröffnung auf die Masse übergehen; es sind Rechte mit demselben Inhalt, die mit einmal erfolgter Leistung gesamthaft untergehen.

c) Die den Art. 260 I SchKG modifizierende Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Im Vergleich zu andern Masseansprüchen zeichnet sich der Verantwortlichkeitsanspruch dadurch aus, dass er hinsichtlich der anspruchsberechtigten Personen ein mehrfach begründetes Recht ist. Können nach SchKG 260 alle streitigen Masseansprüche zur Geltendmachung an die Konkursgläubiger abgetreten werden, so erfährt dieser Grundsatz bei den Verantwortlichkeitsansprüchen eine Modifikation, die in der Natur dieser Ansprüche selbst liegt.

Die mehrfache Begründung des auf dieselbe Leistung gerichteten Rechts ist aus einem Schutzzweck heraus entstanden. Das Gesetz wollte damit verhüten, dass die vom Gesellschaftsvermögen abhängigen Gläubiger (und in gewisser Weise auch die Aktionäre) auf die untadelige, loyale Verhaltensweise der Gesellschaft angewiesen sind, wenn ihre führenden Leute - oft bekannte Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens - entgegen ihren Obliegenheiten die Gesellschaft zu

schädigenden Transaktionen angehalten haben oder in eigener Regie entsprechend vorgegangen sind. Den Aktionären und Gläubigern steht daher die Möglichkeit offen, sich unabhängig von der Gesellschaft für ihr Recht einzusetzen. Dieses Recht jedes Einzelnen ist aber anderseits auch gleichzeitig in sich selbst begrenzt. So stellt die Einwilligung in die Schädigung eine Tatsache dar, die einredeweise erhoben werden kann und die zur Abweisung der Klage führt.

In dieser Weise wirkt sich der Art. 756 II OR modifizierend auf den Art. 260 SchKG aus: Mit Bezug auf die Verantwortlichkeitsansprüche wird nur der persönlich eingebrachte abgetreten. Diese Modifikation bewirkt indessen nicht, dass der Grundsatz, wonach alle streitigen Masseansprüche abgetreten werden können, hinfällig würde: Der Ausdruck "alle streitigen Masseansprüche" hat keine numerische Bedeutung, sondern darunter ist zu verstehen, dass jeder Anspruch, der einen bestimmten Leistungsinhalt hat und sich gegen eine bestimmte Person richtet von den einzelnen Konkursgläubigern geltend gemacht werden kann, sofern der Anspruch streitig ist und die Konkursverwaltung auf Geltendmachung verzichtet hat.
Da der Gesellschaftsanspruch und der jedem Gläubiger persönlich zustehende Anspruch inhaltsgleich sind, ist nur der persönliche Anspruch Gegenstand der Abtretung. Besteht er zu Recht, so ist er durchsetzbar, stehen ihm Einreden entgegen, so darf kein anderer Anspruch als Klagegrundlage dienen.

Der Art. 756 II OR regelt den Gegenstand der Abtretung erschöpfend. Der Gesellschaftsanspruch ist subsidiär und kann in diesem besonderen Fall nicht abgetreten werden. Als Masseanspruch richtet sich indessen die Abtretung des Gläubigeranspruchs ganz nach den Regeln von SchKG 260.

§ 9 DIE ABTRETUNG DES ANSPRUCHS

I RECHTSNATUR DER ABTRETUNG

A. Negative Charakterisierung

1. Keine zivilrechtliche Zession

Die Abtretung nach SchKG 260 ist ein von der zivilrechtlichen Zession (OR 164 ff.) grundsätzlich verschiedenes Rechtsinstitut: Der streitige Anspruch wird dem Zessionar nicht zu seiner freien Verfügung überlassen, sondern er verbleibt der Masse. Der Begriff "Abtretung" bedeutet nach dem Sinn des Art. 260 nicht, dass eine Forderung auf den Erwerber übergehe. "Der Gläubiger wird vielmehr Eintreibungsorgan der Konkursmasse, wobei er allerdings die Realisierung des Anspruchs auf eigene Kosten und Gefahr übernimmt"(1). Träger des ganzen Anspruchs bleibt die Masse. So ist denn auch gemäss Absatz II des Art. 260 einzig die Konkursverwaltung befugt, den geltendgemachten Anspruch zu versilbern und unter die kämpfenden Abtretungsgläubiger zu verteilen(2). Die Abtretung nach SchKG 260 beinhaltet lediglich die Befugnis, über das der Masse gehörende Recht Klage zu führen, nicht jedoch, über dieses nach Gutdünken zu verfügen(3). Durch die Abtretung wird der streitige Anspruch substantiell nicht aus der Masse ausgeschieden, und obwohl der Abtretungsgläubiger in seinem eigenen Namen Prozess führt, ist

(1) Blumenstein 807

(2) Favre, SJK, VIII Ziff.4 lit.b ; Zu beachten ist, dass die vorzugsweise Befriedigung nur jener Abtretungsgläubiger, die gekämpft haben, nicht Gesetz ist; dazu Walder, Probleme, 66

(3) Fritzsche II 168 ; Favre, SJK, V Ziff.1 ; Walder, Probleme, 65 ; Konkursformular Nr.7 Ziff.3 ; ZR 60 Nr.98 ; BGE 27 I 234, 27 II 129, 29 I 368, 29 II 396, 43 III 163. 62 III 158 f.

und bleibt die Masse Prozesspartei(4). Mit einem Parteienwechsel wäre es denn auch nicht zu vereinbaren, dass der Abtretungsgläubiger verpflichtet wird:

- über das Ergebnis Bericht zu erstatten
- den die Forderung inkl. Prozesskosten übersteigenden Betrag an die Masse abzuliefern
- diesbezügliche Ausweise vorzulegen(5).

2. Keine Anweisung an Zahlungs Statt

Die Anweisung an Zahlungs Statt ist ihrem Inhalt nach eine vorstehend sub Ziff.1 behandelte Zession und fällt demnach mit derselben Begründung für SchKG 260 ausser Betracht.
Trotzdem soll auf die Anweisung an Zahlungs Statt etwas ausführlicher eingetreten werden, da sie auf den Art. 131 SchKG Anwendung findet, dessen Absatz II die Parallelbestimmung zu SchKG 260 in der Pfändung darstellt.

Die Besonderheit bei der Erfüllung an Zahlungs Statt liegt darin, dass der Gläubiger auf den ihm aus dem Schuldverhältnis zustehenden Anspruch verzichtet und eine Ersatzleistung an dessen Stelle annimmt(6). Die Leistung an Erfüllungs Statt bewirkt - wie die vereinbarte Leistung - den Untergang der Obligation. "Ist die Ersatzleistung mehr wert als die geschuldete Leistung, so hat der Gläubiger den Vorteil, ist sie weniger wert, so trägt er das Risiko"(7).

(4) Vgl. BGE 86 III 157 f., wo ausgeführt ist, dass praktische Bedürfnisse ausschlaggebend waren, um den Gläubiger "anstelle der Masse, in eigenem Namen" vorgehen zu lassen: "Wurde bisweilen in wörtlicher Anlehnung an den Formulartext im Namen der Masse geklagt, so konnten sich daraus namentlich bei Prozessführung im Ausland Schwierigkeiten ergeben, indem die Gerichte eine von der Konkursverwaltung auszustellende Vollmacht verlangten, die nicht beizubringen war."

(5) Fritzsche II 174 f.

SchKG 131 I beinhaltet eine Anweisung an Zahlungs Statt; jedoch mit der zu beachtenden Abweichung, dass der Gläubiger wohl das Risiko trägt, nicht aber auch in den Genuss eines allfälligen Mehrwertes kommt. Unabhängig davon, ob die Forderung einbringlich ist oder nicht, erlischt die betreffende Betreibung bis zur Höhe des Forderungswertes(8), hingegen kann der Gläubiger den Drittschuldner nur bis zum Betrag seiner eigenen Forderung belangen und ist nicht berechtigt, die ganze Summe von ihm einzufordern(9).

Obwohl sich hierin eine markante Abweichung vom Grundtypus der Anweisung an Zahlungs Statt manifestiert, scheint niemand ernsthaft daran zu zweifeln, dass die Abtretung nach SchKG 131 I eine Anweisung an Zahlungs Statt sei. Mehr Bedenken werden hinsichtlich der Mandatstheorie zum Art. 260 laut.

Abweichungen dieser oder ähnlicher Art haben normalerweise den gleichen Grund: es werden Rechtsinstitute von einem Rechtsgebiet in ein anderes transferiert. So ist die Anweisung an Zahlungs Statt ein ziviles Recht, der Art. 131 I aber enthält ein verfahrensmässiges Recht. Verwendet man Rechtsinstitute des einen Rechtsgebietes, um Vorgänge in einem andern Rechtsgebiet zu veranschaulichen, so geschieht das immer auf Kosten einer gewissen Modifizierung des verwendeten Instituts. Ob man die Weiterverwendung von bekannten Begriffen als Methode zur Klärung von ähnlichen Vorgängen in fremden Rechtsbereichen gestatten soll, dürfte

(6) Guhl 214
(7) Guhl aaO
(8) Jaeger Art. 131 N 6
(9) Jaeger Art. 131 N 7

wohl massgeblich davon abhängen, wie intensiv die Aehnlichkeit zwischen dem verwendeten Begriff und dem fremden Vorgang ist, bzw. wie stark der verwendete Begriff dadurch sich selbst entfremdet wird. Tatsächlich ist jede Rezeption zugleich eine Adaption.

B. Rogative Chrakterisierung

1. Abtretung als Prozessmandat

Nach Flachsmann(10) ist die Abtretung von Rechtsansprüchen als ein im öffentlichen Recht normierter Auftrag zur Prozessführung an die Konkursgläubiger zu qualifizieren, indem diese auf eigene Rechnung und Gefahr als Vertreter der Masse einen, aus dem konkursmässigen Beschlagsrecht abzuleitenden, Rechtsanspruch verfolgen können.
Die Verwendung des Mandats für das Abtretungsrecht gemäss SchKG 260 ist aber nicht unproblematisch, denn das Abtretungsrecht, seinem Wesen nach ein vollstreckungsmässiges Recht, weist charakteristische Abweichungen zum zivilrechtlichen Mandat auf. In der Folge seien die Elemente der Uebereinstimmung und jene der Abweichung skizziert.

a) Dem Mandat entsprechende Elemente

Der Mandatar und so auch der Abtretungsgläubiger verpflichten sich durch die Annahme des Auftrags, die übertragenen Geschäfte vertragsgemäss oder der Abtretungsurkunde entsprechend zu besorgen (OR 394 / K.formular Nr.7).

Der Mandatar handelt im Interesse des Auftraggebers und hat dessen Vorschriften zu beachten. Der Abtretungs-

(10) Flachsmann 6 ; ferner Blumenstein 807 FN 40 wo der Abtretungsgläubiger als Inkassomandatar der Konkursverwaltung bzw. der Konkursmasse bezeichnet wird ; Götzinger 506

gläubiger handelt - aber in zweiter Linie nur - im Interesse der Masse (OR 397 / vorne IV/A).

Der Beauftragte und der Abtretungsgläubiger haften dem Auftraggeber für die sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts (OR 398 I und II / Favre, § 48, IV Ziff.6 lit.E). Mehrere Beauftragte haften solidarisch (OR 403 I / Ziff.7 Abtretungsformular).

Der Mandatar wie auch der Abtretungsgläubiger haben das Geschäft persönlich zu besorgen, es sei denn eine Uebertragung auf einen Dritten sei gestattet (OR 398 III). Die Ueberlassung des Prozessführungsauftrags erfolgt immer dann, wenn der Abtretungsgläubiger seine Konkursforderung zediert. Die Ueberlassung des Prozessführungsauftrags ist also nicht schlechthin unmöglich; Voraussetzung dazu ist der Uebergang der Konkursforderung (vorne IV/B/3).

Es sind der Mandatar als auch der Abtretungsgläubiger verpflichtet, über die Geschäftsführung Bericht zu erstatten. Der Mandatar zwar nur auf Verlangen aber jederzeit (OR 400 I 1. Satzhälfte), der Abtretungsgläubiger ungesäumt nach erfolgter Durchführung des Auftrags (Abtretungsformular Ziff.2, bezüglich der Kosten Ziff.4 Satz 1).

Der Beauftragte ist überdies verpflichtet, alles, was ihm infolge der Geschäftsführung zugekommen ist, zu erstatten (OR 400 I). Eine Pflicht zur Ablieferung des Prozessergebnisses liegt nach Ziff.3 des Abtretungsformulars immer dann vor, wenn das Prozessergebnis nicht in barem Geld besteht und dann, wenn mehrere Abtretungsgläubiger an der erfolgreichen Geltendmachung teilgenommen haben (Bridel FN 31).

Der Widerruf des Auftrags ist sowohl beim Mandat als auch beim Prozessführungsauftrag möglich. Der Widerruf des Mandats ist nach OR 404 I von jedem Teil und jederzeit zugelassen, wohingegen der Prozessführungsauftrag laut Ziff.6 des Abtretungsformulars nur durch die Konkursverwaltung und nur bei,

bzw. ab (und zwar solange, als keine rechtlichen Schritte vom Abtretungsgläubiger eingeleitet worden sind) unbenütztem Fristablauf möglich ist.

Das Prozessführungsrecht erlischt nicht mit dem Tode des Abtretungsgläubigers, sondern geht auf dessen Erben über (Fritzsche II 172). Dasselbe kann auch beim Mandat vereinbart werden oder sich aus der Natur des Geschäfts ergeben (OR 405 I).

b) Vom Mandat abweichende Elemente

Die Konkursverwaltung kann nicht - wie ein Auftraggeber normalerweise - frei bestimmen, ob und wem sie eine Befugnis zur Klageführung einräumen will. Sie hat keine "Abschlussfreiheit", sondern muss jeder im Kollokationsplan als Gläubiger aufgenommenen Person und jeder ihre Aufnahme betreibenden Person den streitigen Anspruch zur Geltendmachung abtreten (Favre, § 48 IV Ziff.5 lit.C).

Das massgebliche Interesse am Prozessführungsauftrag liegt - ganz im Gegensatz zum Mandat - auf der Seite des beauftragten Abtretungsgläubigers. Dieser lässt sich zur Geltendmachung des Anspruchs ermächtigen, um seine eigene Konkursforderung besser decken zu können. Da der Abtretungsgläubiger aber den Erlös nur insoweit beanspruchen kann, als notwendig ist, um seine Konkursforderung ganz zu decken, hat die Masse in der Regel auch ein Interesse am Auftrag. Ihr Interesse bezieht sich auf die Höhe des Ueberschusses, weshalb sie auch berechtigt ist, wichtige Handlungen - wie etwa Vergleichsabschlüsse - von ihrer Genehmigung abhängig zu machen (oben I/B/1/a / so auch OR 396 III).

In keiner Weise anwendbar auf den Prozessführungsauftrag ist OR 402 I, wonach der Auftraggeber dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, ersetzen muss. Die Zweckver-

folgung der Abtretung nach SchKG 260 liegt ja gerade darin, dass der Konkursmasse als Auftraggeberin allenfalls etwas zugute kommt, dass ihr aber auf keinen Fall Kosten erwachsen (Ziegler 69).

Auch das Widerrufsrecht ist eher unter den vom Mandat abweichenden Elementen zu klassieren, da es sich, als einseitig und zudem befristet, recht stark vom Widerrufsrecht des zivilen Mandats abhebt (OR 404 I / Ziff.6 des Abtretungsformulars).

Der Abtretungsauftrag unterscheidet sich endlich darin vom Mandat, dass er sich nicht im Prozessmandat erschöpft, sondern dem Abtretungsgläubiger daneben noch einen konkursrechtlichen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung seiner Konkursforderung aus dem Prozessergebnis verschafft (Fritzsche II 173).

c) Schlussfolgerung

Obwohl die Ausgestaltung des Abtretungsrechts in vielen Teilen an das Mandat erinnert, weist es einige Unterschiede auf, so dass man den Mandatsbegriff nicht ohne weiteres auf das Abtretungsrecht übertragen kann.

2. Abtretung als Nebenrecht im Sinne von Art. 170 I OR

In BGE 57 III 100 ist ausgeführt: "Eine verständnisvolle Würdigung der für den Prozessführungsauftrag der Konkursmasse an einzelne Konkursgläubiger geltenden, eigenartigen, von der Ordnung des Auftrags abweichenden, Rechtssätze lässt die Abtretung von Masserechtsansprüchen gemäss Art. 260, wie auch schon das Recht jedes einzelnen Konkursgläubigers auf Abtretung, als Nebenrecht seiner Konkursforderung im Sinne des Art. 170 I OR erscheinen, das, wenn die Konkursforderung zum Gegenstand einer Abtretung (im zivilistischen

Die Abtretung nach SchKG 260 basiert somit auf dem formellen Verzicht der Masse, den Anspruch, welcher ihr infolge des Beschlagsrechts über das Schuldnervermögen zusteht, selber geltend zu machen. Es steht dann jedem Konkursgläubiger offen, selber zu klagen, so wie er es vor der Konkurseröffnung hätte tun können. So schreibt Guisan(11): "Mais si la communauté des créanciers renonce à faire valoir son droit d'exécution collectif sur tel élément du patrimoine d'une rentrée trop difficile, cette communauté n'a aucune raison légitime d'empêcher encore, quant à cet élément d'actif, l'action individuelle des créanciers. La 'cession' de l'article 260 n'est donc que la constatation formelle de la renonciation de la masse et la 'rétrocession' de l'action individuelle que la faillite avait fait cesser"(12).
Was den Verantwortlichkeitsanspruch gemäss OR 753 ff. anbetrifft, ist indessen zu beachten, dass eine Klageerhebung seitens der Gläubiger nur im Gesellschaftskonkurs möglich ist (OR 758).

Die Definition des Rechts auf Abtretung, wie auch der Abtretung selber als Nebenrecht der Konkursforderung, wird der Tatsache gerecht, dass jeder Konkursgläubiger in bezug auf jede seiner Konkursforderungen die Abtretung des Anspruchs verlangen kann, auf dessen Verfolgung die Gläubigergesamtheit verzichtet hat. Daraus wird auch verständlich, weshalb die Konkursverwaltung - im Gegensatz zu jedem anderen Mandanten - keinem Gläubiger, dessen Forderung nicht

(11) Guisan in JT 80(1932) 29 ff., abgedruckt auch im Aufsatz von Bridel in JT 87(1939) 100 f. N 5

(12) Die weitere Ausgestaltung dieses Gedankenganges findet sich im Aufsatz Bridels (aaO S. 101 ff. N 6 ff.), der die Mandatstheorie durch die 'théorie de la saisie dans la faillite' ersetzt.

endgültig weggewiesen worden ist, das Begehren auf Abtretung verweigern kann(13).
Dass man aber - so Bridel in N 6 - aus dem Verzichtsbeschluss bereits einen zwingenden Hinweis gegen die Mandatstheorie folgern müsse, ist u.E. nicht zutreffend. Der Verzicht bedeutet nicht, dass überhaupt darauf verzichtet werde, das Recht geltend zu machen, sondern nur, dass die Gläubigergesamtheit "in toto" verzichtet, gemeinsam vorzugehen, und es ihr aber unbenommen bleibt, einem Teil der Gläubigerschaft das Recht zur Eintreibung auf eigene Rechnung und Gefahr zu überlassen. Hiezu freilich, ist sie nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Nach Art. 79 II KV kann sie einen Anspruch erst versteigern, nachdem kein Konkursgläubiger die Abtretung begehrt hat.

C. Positive Charakterisierung(14)

So wie die Abtretung im einzelnen ausgestaltet ist, kann man u.E. einen gewissen Mandatscharakter nicht in Abrede stellen. Zweifellos ist es richtig, das Recht auf Abtretung jedes einzelnen Konkursgläubigers, so wie auch die Abtretung selber, als Nebenrecht jeder Konkursforderung zu definieren. Die Art und Weise aber, wie die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung einwirken darf, ist nur unter Zuhilfenahme der auftragsrechtlichen Bestimmungen zu verstehen(15).

(13) Dem Abtretungsbegehren muss aber dann nicht entsprochen werden, wenn der Masse aus der Abtretung ein Schaden entstünde, vgl. vorne III/D, sowie dann, wenn der die Abtretung verlangende Konkursgläubiger zugleich Drittschuldner des abtretbaren Anspruchs ist.

(14) Favre, §48 IV Ziff.5 insbes. lit.D ; Fritzsche II 172 ; Ziegler 69: "Die Abtretung gemäss Art. 260 ist ein Auftrag besonderer Art." ; Frey 42 FN 34 ; Flachsmann 6 ; Götzinger 505 ff.; Blumenstein 804 ff. insbes. FN 40 ; Jaeger Art. 260 N 3 ; Jaeger/Däniker Art. 260 N 3

Wollte man der Theorie Bridels(16) folgen - für die freilich einiges spricht, insbesondere deshalb, weil sie sich aus der angestammten Materie des Betreibungsrechts heraus entwickelt -, so wäre das wohl nur unter der Voraussetzung möglich, dass jene mandatsähnlichen Bestimmungen, die sich vorallem im offiziellen Abtretunsformular vorfinden, entsprechend abgeändert würden.
Im übrigen ist das ganze Rechtsinstitut der Abtretung nach SchKG 260, so wie es sich in der geltenden Rechtsordnung präsentiert, am ehesten als Phänomen sui generis zu betrachten, welches anhand bekannter und ihrem Wesen nach ähnlicher Begriffe zu klären versucht wird.

II GEGENSTAND DER ABTRETUNG

Gegenstand der Abtretung ist jeder möglicherweise der Masse zustehende materiellrechtliche und verwertbare Anspruch, welcher der Vermehrung des Aktivbestandes oder der Verminderung des Passivbestandes dient und dessen Zugehörigkeit zur Konkursmasse festgestellt werden muss(17).

Unter der Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss SchKG 260 I und OR 756 II ist freilich nur die Ueberlassung dieser Ansprüche zur Geltendmachung zu verstehen, denn unter einer Abtretung zum Zwecke der Verwertung von Masserechtsansprüchen ist immer die Abtretung des Verfolgungsrechts gemeint(18). Da nicht nur solche Ansprüche zur Masse gehö-

(15) BGE 93 III 63: "Cependant les règles qui régissent ces actes (Art. 164 ff.und 394 ff. OR) ne sont en principe applicables à la cession de l'art. 260 LP que sous certaines réserves, c'est-à-dire dans la mesure où elles sont compatibles avec le sens et le but de cette institution particulière."

(16) Vg. oben FN 12

(17) Oben (§8/I/B/3)

(18) Oben (§10/I/C)

ren und abtretbar sind, die in der Person des Gemeinschuldners entstanden und infolge der Konkurseröffnung auf die Masse übergegangen sind, sondern auch alle andern Ansprüche, die konkursmässig zu verwerten sind(19), gehören auch die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger aus mittelbarem Schaden zur Masse und können zur Geltendmachung an diese abgetreten werden, sofern die Voraussetzungen für eine Abtretung vorliegen(20).
Vorbild des Art. 756 OR mit Bezug auf den Wortlaut und den Wortsinn ist der Art. 260 SchKG. Gegenstand der Abtretung ist daher auch im Fall von OR 756 II nicht der materielle Anspruch, sondern nur das Recht, den betreffenden Anspruch geltend zu machen. Dass die Abtretung nach OR 756 II keine Zession im Sinne von OR 164 ff. ist, ergibt sich aber - entgegen der Argumentation in BGE 86 III 162 - nicht aus dem französischen und italienischen Gesetzestext des Art. 756, sondern allein aus der, dem Art. 756 als Vorbild dienenden Vorschrift des Art. 260. Der bundesgerichtlichen Beweisführung über den Gegenstand der Abtretung ist entgegenzuhalten, dass auch den Begriffen action/azione keineswegs die eindeutige Bedeutung von Klagerecht zukommt. So wird z.B. sowohl in der französischen als auch in der italienischen Fassung in Art. 60 OR, der die Verjährung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen regelt, der Ausdruck action bzw. azione verwendet(21). Gegenstand der Verjährung ist aber nicht das Klagerecht, sondern der Anspruch (Art. 146 ff. aOR) bzw. die Forderung (Art. 127 ff. OR) selber. Der Schluss liegt nahe, dass die Ausdrücke action und azione ebenso vieldeutig sind

(19) Ziegler 70

(20) Schmid 70 Ziff.2 ; Oben (§8/I/D) ; aA BGE 86 III 161 ; Meier-Wehrli 99

(21) Ebenso in Art. 127 OR

wie unser Anspruchsbegriff, und man kann nicht leichthin annehmen, dass den Termini action(22) und azione(23) in OR 756 II ohne weiteres die richtige Bedeutung von Verfolgungsrecht (Klagerecht) zukomme.

III VORAUSSETZUNGEN UND VERFAHREN DER ABTRETUNG

Die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit das Verfahren nach SchKG 260 erfolgen kann, sind(24):

- Vorhandensein eines abtretbaren Anspruchs
- Fortexistenz des Beschlagsrechts der Gläubiger auf den abtretbaren Anspruch
- Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung namens der Masse
- Nichterwachsen eines Schadens aus der Abtretung für die Konkursmasse
- Vorliegen von Begehren eines oder mehrerer berechtigter Gläubiger
- Gläubigerqualität

Liegen alle diese Voraussetzungen vor, so hat jeder Gläubiger das gesetzliche Recht darauf, dass ihm die Abtretung ausgestellt wird(25).

(22) Nach Piccard/Thilo/Steiner hat "action" die Bedeutung von "Handlung", "Anspruch" und "Klage". Eindeutiger im Sinne von Klagrecht: Glasson/Tissier/Morel I 455 ff., sowie Dalloz, Nouveau Dictionnaire pratique de droit, Paris 1953, Begriff "action" art. ler

(23) azione als Geltendmachungsrecht vgl. Chiovenda, L'azione nel sistema dei diritti und Principi di diritti processuale civile §§ 1 und 10 ; Satta, Diritto processuale civile, 98

(24) Flachsmann 53 ff.

(25) Bei unbegründeter Weigerung kann gegen die Konkursverwaltung Beschwerde geführt werden. Diese wird dann von der Aufsichtsbehörde angehalten, die Abtretung auszustellen.

A. Vorhandensein eines abtretbaren Rechtsanspruchs

Eine Abtretung kann nur erfolgen, wenn ein streitiger Masseanspruch vorhanden ist, dessen Bestand und Zugehörigkeit zur Masse festzustellen ist. Abtretbar sind alle streitigen Rechtsansprüche der Masse; also nicht nur solche des Gemeinschuldners, welche die Konkursgläubigerschaft für sich in Anspruch nehmen kann und deren Verwertung der Konkursverwaltung zusteht(26). Abtretbar sind auch Ansprüche, die als Gläubigerrechte konzipiert sind und infolge der Konkurseröffnung zu Masserechten werden (so die Anfechtungsansprüche nach SchKG 285 ff. und die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger nach OR 753 ff.). Zu den abtretbaren Rechten gehören endlich auch Rechte, die weder dem Gemeinschuldner zustanden, noch der Konkursmasse mit Konkursausbruch erwachsen sind, sondern die erst im weiteren Verlauf des Konkursverfahrens entstehen und das Gegenstück zu den Masseverbindlichkeiten darstellen(27).
Eine Abtretung kann immer dann erfolgen, wenn irgendwelche Masseforderungen(28), die geeignet sind, das Konkursvermögen zu vergrössern, von der Konkursverwaltung nicht geltend gemacht werden, weil sie streitig sind oder die Einbringlichkeit bezweifelt wird

B. Fortexistenz des Beschlagsrechts der Gläubiger auf den abtretbaren Anspruch

1. Grundsatz: Vollständige Durchführung des Konkursverfahrens als Voraussetzung für den Bestand der Abtretung

Die rechtliche Natur der Abtretung bedingt, dass ein Verfahren gemäss SchKG 260 nur dann möglich ist, wenn der Konkursmasse an dem betreffenden Rechtsanspruch das Beschlags-

(26) Ziegler 70 ; aA Favre, SJK, II Ziff.1

(27) z.B. Steigerungsausfallforderungen Art. 131 VZG

(28) Ziegler aaO

recht zusteht(29). Bei Aufhebung des Konkurses verliert die ausgestellte Abtretung ihre Wirkung, bzw. eine Abtretung kann nicht mehr erfolgen, und der Gemeinschuldner wird wieder Träger über jene Ansprüche, die in seiner Person entstanden sind. Diese Wirkungen treten ipso iure mit der Einstellungsverfügung ein(30). Ein bereits angehobener Prozess ist von Amtes wegen als gegenstandslos abzuschreiben, sofern nicht der Rechtstitular denselben fortsetzt. Die Fälle, in denen der Konkurs vor seiner vollständigen Durchführung geschlossen wird, sind:

- Genehmigung eines Nachlassvertrags im Konkurs (SchKG 317 / 195 I)
- Widerruf des Konkurses (SchKG 195)
- Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (SchKG 230)(31).

Eine rechtsgültig vollzogene Abtretung verliert indessen nur dann ihre Wirkungen, wenn der Konkurs vor seinem ordentlichen Abschluss eingestellt wird. Sind daher Klagen aus abgetretenen Ansprüchen noch hängig oder gar noch nicht geltend gemacht worden, obwohl das Verfahren nach seiner vollständigen Durchführung zum Abschluss gekommen ist, so tut das dem Bestand der Abtretungen keinen Abbruch. Eine zu Recht erfolgte Abtretung eines Masseanspruchs an einen Gläubiger kann von diesem auch nach beendetem Konkursverfahren noch geltend gemacht werden, vorausgesetzt, dass ihm seitens der Konkursverwaltung keine diesbezügliche Frist angesetzt worden ist.

Dass die Rechte der Masse auf das Vermögen des Gemeinschuldners mit Schluss des Konkursverfahrens nicht völlig dahinfallen, besagt der Art. 269 SchKG. Es können Ver-

(29) Götzinger 516 ; BGE 43 III Nr. 61

(30) Flachsmann 55 f.; Favre, SJK, IV Ziff.2

(31) Zur nachträglichen Einstellung vgl. Jaeger/Däniker zu Art. 230

mögensteile, die erst nach Schluss des Konkurses entdeckt werden, ohne Formalität vom Konkursamt mit Beschlag belegt, verwertet und an die zu Verlust gekommenen Gläubiger verteilt werden. Das Beschlagsrecht kann aber wohl nicht über den Konkursschluss hinaus als fortbestehend angesehen werden, sondern es lebt dann wieder auf, wenn ein neuer Vermögenbestandteil entdeckt wird(32).

2. Ausnahme: Abtretung von streitigen Masserechtsansprüchen im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Das Prinzip, wonach streitige Masseansprüche nur im Konkurs abgetreten werden können, erfährt in Art. 316 lit.1 SchKG eine wichtige Ausnahme. Der dem Art. 37 der VO betr. das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11.4. 1935 nachgebildete Art. 316 lit.1 SchKG(33) lautet: "Verzichten Liquidatoren und Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung eines bestrittenen oder schwer einbringlichen Anspruchs, der zum Massevermögen gehört, wie namentlich eines Anfechtungsanspruches oder einer Verantwortlichkeitsklage gegen Organe oder Angestellte des Schuldners, so haben sie davon die Gläubiger durch Rundschreiben oder öffentliche Bekanntmachung in Kenntnis zu setzen und ihnen die Abtretung des Anspruches zur eigenen Geltendmachung gemäss Art. 260 anzubieten."
Tatsächlich ist die rechtliche Situation im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und im Konkurs sehr ähnlich. "Wie die Konkurseröffnung, an deren Stelle sie treten will, be-

(32) Vgl. die Ausführungen in BGE 90 II 254. Obwohl es sich dort um ein mangels Aktiven eingestelltes Konkursverfahren handelt, ist nicht ersichtlich, weshalb sich eine andere Lösung beim durchgeführten und geschlossenen Konkurs aufdrängen sollte ; aA Flachsmann 56

(33) Novelle vom 28. September 1949

deutet die Bestätigung des Nachlassvertrags durch die Nachlassbehörde den Abschluss eines der Zwangsvollstreckung dienenden, dem öffentlichen Recht angehörenden Verfahrens" (34). In beiden Verfahren werden die Aktiven des Schuldners - oder ein Teil derselben(35) - zum Zwecke einer möglichst weitgehenden Tilgung seiner Verbindlichkeiten liquidiert. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann daher als besonders milde Art des Konkurses bezeichnet werden(36).

Entgegen dem Wortlaut des Art. 758 OR können demnach die Gläubiger ihre Verantwortlichkeitsansprüche nicht nur im Gesellschaftskonkurs geltend machen, sondern auch dann, wenn anstelle des Konkurses ein Liquidationsvergleich zustande gekommen ist. Art. 316 lit.1 SchKG modifiziert also den Art. 758 OR in der Weise, dass der Geltendmachungsbereich erweitert wird durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Verfahren und Modalitäten sind grundsätzlich gleich wie beim Konkursverfahren; wir verweisen daher auf die diesbezüglichen Ausführungen.

C. Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung namens der Masse

Die Abtretung eines Rechtsanspruchs kann erst verlangt werden, wenn die Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung verzichtet hat. Die diesbezügliche Entscheidung wird in der Regel anlässlich der 2. Gläubigerversammlung gefällt(37). War die Versammlung nicht beschlussfähig, so ist die Entscheidung auf dem Zirkularweg herbeizuführen(38). Liegt über

(34) Fritzsche II 305

(35) Fritzsche II 307

(36) Meier-Wehrli 108 ff.; BGE 68 I 195

(37) Götzinger 517 f.; Bridel 117 ff., insbes. N 37 ; BGE 75 III 17 ; Zur Beschlussfassung vor Abhaltung der 2. Gläubigerversammlung vgl. Art. 48 II KV

(38) Jaeger/Däniker Art. 260 N 6 ; BGE 71 III 137

einen streitigen Masseanspruch kein Gläubigerbeschluss vor, so können die Gläubiger während der ganzen Dauer des Konkurses verlangen, dass ein solcher nachgeholt werde(39).
Wird der Streit zwischen der Masse und dem Drittschuldner vergleichsweise erledigt, so liegt kein Verzicht vor; die erzielte Vergleichssumme stellt im Gegenteil das Resultat der Geltendmachung des Anspruchs dar(40). Immerhin kann ein Gläubiger die Abtretung des Anspruchs zur weiteren Rechtsverfolgung erwirken, indem er die von der Gesamtheit der Gläubiger genehmigte Vergleichssumme sicherstellt(41).
Eine Sicherstellung der Vergleichsproposition kann die Masse dann nicht verlangen, wenn sie nicht bereit ist, den Vergleich abzuschliessen, weil ihr die Proposition zu gering erscheint. In diesem Fall hat sie auf Geltendmachung verzichtet, und ein gleiches oder schlechteres Vergleichsresultat zwischen dem Abtretungsgläubiger und dem Drittschuldner muss vollumfänglich nach der Vorschrift von Art. 260 II verteilt werden(42).
Im Falle eines Gläubigerausschusses gilt die Ermächtigung zu einem Vergleichsabschluss gemäss SchKG 237 III Ziff.3 als erteilt, sofern die Vollmachten des Gläubigerausschusses nicht ausdrücklich von der Gläubigerversammlung beschränkt worden sind(43).

(39) Favre, SJK, IV Ziff.4 ; Bridel 117 N 34 : auch dem debitor cessus steht dieses Recht zu, selbst wenn er selber kein Konkursgläubiger ist (BGE 53 III 71), 77 III 84

(40) Flachsmann 59 ff.

(41) Jaeger/Däniker Art. 260 N 6 ; BCE 52 III 66 ff. Erw.4, 76 III 102, 78 III 138 ; BlSchK 1960, 188. Interessant sind die Ausführungen Bridels, 129 f. N 53/54, der das gleiche Verfahren de lege ferenda anlässlich jeder Abtretung vorschlägt, und zwar insofern, als die Versteigerung immer vorgängig der Abtretung durchgeführt werden soll, wobei jeder Abtretungsgläubiger gewissermassen ein Vorkaufsrecht hat, aber der Masse auf jeden Fall den Versteigerungserlös vergüten muss.

(42) Indessen bleibt die Möglichkeit bestehen, dass die Abtretung unter der Bedingung der Genehmigung eines allfälligen Vergleichs erfolgt.

D. Nichterwachsen eines Schadens aus der Abtretung für die Konkursmasse

Würde die Abtretung eines Rechtsanspruchs bewirken, dass die Masse schlechter gestellt ist als ohne Abtretung, so soll diese verweigert werden(44). Nach dem Sinne des Gesetzes kann die Masse zur Ausstellung einer Abtretung nur verhalten werden, wenn ihr daraus zumindest kein Schaden erwächst(45). Ist aber trotz der sich einstellenden - und in der Regel voraussehbaren - Schlechterstellung eine Abtretung erfolgt, so kann die Konkursverwaltung dem siegreichen Abtretungsgläubiger nicht seinen gesetzlichen Anspruch auf den Prozessgewinn entziehen. Die Schlechterstellung der Masse ist von ihr selber verursacht, und diese hat sie selber zu tragen(46).

E. Vorliegen von Begehren eines oder mehrerer berechtigter Gläubiger

Jede als Gläubiger im Kollolationsplan aufgeführte Person ist berechtigt die Abtretung zu verlangen, solange ihre Forderung nicht zufolge eines gemäss Art. 250 SchKG angestrengten Prozesses abgewiesen wurde und sofern sich der Anspruch nicht gegen sie selber richtet.

1. Berechtigung

Die Bestimmungen über den Auftrag lassen eine Abtretung nicht zu, wenn der abtretungbegehrende Konkursgläubiger zugleich anzusprechender Drittschuldner ist. "Damit erhielte

(43) Jaeger Art. 237 N 10

(44) Jaeger/Däniker Art. 260 N 2

(45) Pra 8 Nr. 51, S. 133

(46) Jaeger/Däniker Art. 260 N 6, S. 424 ; Flachsmann 62 f.; Pra 8 Nr. 51

nämlich der Auftrag einen rechtlich unmöglichen Inhalt, weil eine Person einen fremden Anspruch nicht bei sich selbst geltend machen kann"(47). Eine solche Abtretung schliesst nicht nur die Prozessführung aus; sie ist begrifflich ausgeschlossen(48). Selbst dann ist es demjenigen, gegen den sich der Anspruch richtet, verwehrt, die durch die Abtretung übertragenen Rechte auszuüben, wenn ihm während des Prozesses eine Konkursforderung, für die eine Abtretungsurkunde ausgestellt worden ist, zediert wird. Nicht anders verhält es sich, wenn gegen einen Konkursgläubiger Verantwortlichkeitsansprüche bestehen: Es ist rechtlich unmöglich, dass sich der betreffende Konkursgläubiger zur besseren Deckung seiner Forderung den Verantwortlichkeitsanspruch abtreten lässt, um ihn bei sich selbst geltend zu machen.
Wird der Prozess von der Masse selbst geführt, so ist dies für den Konkursgläubiger und Drittschuldner insofern von Vorteil, als er dann im selben Umfang am Ergebnis aus der Geltendmachung partizipiert; andernfalls nimmt er nur am etwaigen Ueberschuss teil(49).

2. Begehren

Dadurch, dass die Masse auf Geltendmachung verzichtet, ist nur die Voraussetzung geschaffen, dass jeder einzelne Konkursgläubiger die Abtretung verlangen kann. Das diesbezügliche Begehren muss aber immer ausdrücklich gestellt werden. Die Berechtigung, den Masseanspruch zu verfolgen, geht nicht eo ipso mit dem Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit auf die einzelnen Konkursgläubiger über(50).

(47) Blumenstein 804 FN 32 ; Götzinger 516 ; Flachsmann 13
(48) Flachsmann 14
(49) Flachsmann aaO
(50) Blumenstein 804 ; Favre, SJK, IV Ziff.2

Das Abtretungsbegehren ist zudem befristet, denn die Liquidation soll sich möglichst rasch abwickeln. So ist das Begehren, unter Vermeidung des Ausschlusses, in der zweiten Gläubigerversammlung oder innert zehn Tagen danach zu stellen(51)

F. Gläubigerqualität

Unerlässliche Bedingung um ein Recht aus der Abtretung zu erlangen, ist die definitiv aufgenommene Konkursforderung des Abtretungsgläubigers im Kollokationsplan.
Zur Stellung eines Abtretungsbegehrens ist indessen auch jeder Konkursgläubiger berechtigt, über dessen Konkursforderung noch ein Kollokationsprozess schwebt(52). Die Ausstellung des Abtretungsformulars scheint deshalb gerechtfertigt, weil ein Masseanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Konkursforderung bereits verjährt sein könnte. Auch ist die Gefahr nicht ausser acht zu lassen, dass ein Gläubiger die Kollokation eines andern nur deswegen bestreitet, um diesen um die Möglichkeit zu bringen, ebenfalls Abtretung zu verlangen(53).
Verlangt allein jener Gläubiger die Abtretung, über dessen Forderungszulassung noch zu befinden ist, so wird in der Regel, auf seinen Antrag hin, der Prozess über den Abtretungsanspruch nach erfolgter Anhängigmachung solange eingestellt, bis über die Kollokationsklage definitiv entschieden ist(54).

(51) Formular für die Einberufung der 2. Gläubigerversammlung, Ziff.8 ; Favre, SJK, IV Ziff.4 lit.B ; KV 48 I

(52) Flachsmann 63 ; vgl. aber Blumenstein 804 FN 30

(53) Flachsmann 65

(54) Würde der Abtretungsprozess nämlich vor dem Kollokationsprozess durchgeführt und würde im letztgenannten dann die Konkursforderung des Gläubigers abgewiesen, so hätte das zur Folge, dass bei Obsiegen des Gläubigers im Abtretungsprozess der ganze Prozessgewinn der

Die Wegweisung einer Forderung im Kollokationsprozess bewirkt, dass die dem betreffenden Gläubiger ausgestellte Abtretung eo ipso dahinfällt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nicht nur alle definitiv kollozierten Konkursgläubiger das Recht haben, die Abtretung eines Masseanspruchs zu verlangen, sondern jedermann, der eine Forderung im Konkurs eingegeben hat und noch nicht definitiv abgewiesen worden ist. Pfandversicherte Gläubiger, die gemäss Art. 219 SchKG aus dem Ergebnis der Pfandverwertung vorweg befriedigt werden, sind erst von dem Zeitpunkt an vom Recht auf Abtretung ausgeschlossen, da sie für ihre Forderung vollständig befriedigt worden sind.
Der Rang der Gläubiger wird erst bei der Verteilung berücksichtigt, die Abtretung selber erfolgt an alle gleichermassen.

IV UMFANG, INHALT UND WIRKUNGEN DER ABTRETUNG

A. Umfang

Art. 260 lautet:

"Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.

Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderung derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Ueberschuss ist an die Masse abzuliefern."

Aus dem Gesetzeswortlaut geht hervor, dass die Abtretung den jeweiligen ganzen Anspruch umfasst. Ein Ueberschuss zugunsten der Masse könnte sich nicht ergeben - und bedürfte daher nicht der ausdrücklichen Erwähnung - wenn jeweils nur soviel

Masse zufiele, bei Unterliegen aber hätte der Gläubiger zusätzlich die Kosten zu tragen.

vom gesamten Anspruch abgetreten würde, wie zur Deckung der fraglichen Konkursforderung nötig wäre. Andernfalls würde das rangmässige Verteilungsprinzip nicht nur in Frage gestellt, sondern verunmöglicht. Wohl wird der erfolgreiche Abtretungsgläubiger für seine Risikoübernahme mit dem Prozessgewinn bis zur Höhe seiner Konkursforderung honoriert; die Masse ist aber insbesondere daran interessiert, dass zu ihren Gunsten ein Ueberschuss erzielt wird. Durch die Abtretung wird demnach jeder Gläubiger für den ganzen Anspruch aktivlegitimiert, denn der ganze Anspruch wird jedem Gläubiger, der die Abtretung begehrt, zwecks Geltendmachung abgetreten. Blumenstein schreibt: "Wird mehreren Gläubigern abgetreten, so kann jeder von ihnen den ganzen Anspruch einklagen,..." und: "Aus dem soeben Gesagten folgt aber auch die Pflicht des betreffenden Gläubigers, den ihm abgetretenen Anspruch wirklich zu realisieren"(55).

B. Inhalt

1. Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs

a) Gerichtliche Geltendmachung

Der Zweck des abgetretenen Rechts ist seine Geltendmachung und als Hauptanwendungsfall derselben ist auf die gerichtliche Geltendmachung einzutreten. An sie hat der Gesetzgeber in erster Linie gedacht, denn die Masse sieht nur deshalb von der Verfolgung eines Anspruchs ab, weil sie das Prozesskostenrisiko höher einschätzt als den mutmasslichen Erlös. In der Regel wird der Abtretungsgläubiger den Anspruch klageweise geltend machen, weil die Ermächtigung zur Rechtsverfolgung zu dem Zwecke erteilt wird, dass

(55) Blumenstein 805

mittels gerichtlicher Geltendmachung der volle Wert des Rechtsanspruchs eingebracht werden kann(56). Ein gerichtlicher Vergleich ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen, denn die Masse hat in jeder Hinsicht auf Geltendmachung verzichtet, somit auch auf einen Vergleich. Die Konkursverwaltung kann aber eine Klausel in das Abtretungsformular aufnehmen, wonach ein Vergleich von ihrer Zustimmung abhängig ist(57).

b) Aussergerichtliche Geltendmachung

Eher selten wird ein Schuldner gegenüber der Masse seine Schuld bestreiten, um dann gegenüber einem Abtretungsgläubiger seine Leistungsbereitschaft zu erklären. Eine aussergerichtliche Geltendmachung ist aber im Rahmen von Art. 260 ohne weiteres möglich(58). Sie ist sogar insofern von Vorteil, als bei Anerkennung der Schuld ein allfälliger Ueberschuss für die Masse infolge geringerer Kosten höher sein kann.

2. Parteien

Vor und nach der Abtretung ist die Masse auf der einen Seite und der angesprochene Schuldner auf der andern Seite Partei. Durch die Abtretung ergibt sich m.a.W. kein Parteienwechsel. Die Parteistellung des Abtretungsgläubigers ist dieselbe wie die der Masse.
Obwohl der Abtretungsgläubiger nach dem offiziellen Formular im Namen der Masse Klage führt, ist es längst Uebung

(56) Flachsmann 11

(57) Diese bezweckt, dass ein Abtretungsgläubiger nicht zu Unrecht einen unbilligen Vergleich eingeht, nur von dem Interesse geleitet, seine eigene Forderung zu decken, vgl. Fritzsche II 174

(58) Walder, Probleme, 68 FN 10 ; Konkursformular Nr.7 Ziff.2 ; BGE 49 III Nr.30

geworden, dass die auf Abtretung beruhende Klage vom Gläubiger in seinem eigenen Namen erhoben wird (allenfalls mit einem auf die konkursrechtliche Abtretung hinweisenden Zusatz)(59). Anlass dazu gaben weitgehend praktische Bedürfnisse(60).
Eigentliche Partei ist also die Konkursmasse, und der Abtretungsgläubiger wird nur Träger des Prozessrisikos. Er ist dann insofern als Prozesspartei zu betrachten, als er der Gerichtskasse und dem Prozessgegner für die Kosten verantwortlich ist(61).
Werden Rechtsansprüche abgetreten, worüber bereits ein Prozess hängig ist(62), so übernimmt der Abtretungsgläubiger den Prozess in jenem Stadium, in welchem er sistiert worden ist; er tritt also an die Stelle des Gemeinschuldners.
In der Regel ist der Abtretungsgläubiger der Kläger; nur bei Herausgabeklagen (SchKG 242) tritt er normalerweise als Beklagter auf(63). Ist bis zur Konkurseröffnung die schriftliche Ausfertigung und Zustellung eines berufungsfähigen Urteils noch nicht erfolgt, so ist damit zuzuwarten, bis der Prozess nach SchKG 207 wieder aufgenommen werden darf(64).

a) Einreden

Da die Parteistellung von der Abtretung nicht berührt wird, ändert sich auch in bezug auf die Einreden nichts.

(59) BGE 65 III 124, 79 III 174, 86 III 157

(60) Oben §9 FN 4

(61) §§ 64 ff., 73 ff. ZPO ; §§ 201 ff. GVG ; Flachsmann 18

(62) hängige Prozesse werden, mit Ausnahme dringlicher Fälle, von Amtes wegen mit Konkursausbruch eingestellt und können erst zehn Tage nach der 2. Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden.

(63) Favre, SJK, VII Ziff.2

(64) § 261 I ZPO

Der angesprochene Schuldner ist befugt, dem Abtretungsgläubiger alle Einreden entgegen zu halten, die ihm schon gegen den Gemeinschuldner zustanden, anderseits aber keine, die in der Person des Gläubigers begründet sind(65). Dieser Grundsatz findet auch Anwendung bei der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen: zwar ist in diesem Fall das auf die Masse übergegangene und abtretungsfähige Recht kein gemeinschuldnerisches, sondern ein Konkursgläubigerrecht, und der Masse können alle Einreden entgegen gehalten werden, die gegen den Rechtstitular bestanden. Tritt dann die Konkursverwaltung einem Gläubiger seinen eigenen Anspruch zur Geltendmachung ab, so können gegen ihn wiederum dieselben Einreden erhoben werden, die hinsichtlich des gleichen Anspruchs auch gegen die Masse hätten erhoben werden können(66).
Der Konkursverwaltung, die gestützt auf OR 756 I und SchKG 197 I i.V.m. 243 I gegen die verantwortlichen Personen klagt, können alle Einreden entgegen gehalten werden, die sich aus den Einzelansprüchen und dem Gesellschaftsanspruch ergeben(67).

b) Streitwert

Nach § 18 Zürcher ZPO bemisst sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit, und dieses Rechtsbegehren ist abhängig vom Wert des streitigen Rechtsanspruchs(68).

(65) Blumenstein 805 ; Flachsmann 19 ; Favre, SJK, VII Ziff. 4, wonach alle Einreden zulässig sind, die sich entweder gegen den Gemeinschuldner oder gegen die Masse richten ; aA Bridel 112 N 26, welcher in Ablehnung der Mandatstheorie nur Einreden zulässt, die sich gegen den Gemeinschuldner richten.

(66) BlZR 60(1961) 221

(67) BlZR aaO

(68) Favre, § 48, IV Ziff.7 lit.C

Jeder einzelne Abtretungsgläubiger erhält überdies die Befugnis und die Verpflichtung zur Geltendmachung des ganzen Rechts(69), was aber freilich nicht die Bedeutung haben kann, dass dem Abtretungsgläubiger die Möglichkeit genommen ist, vorerst nur einen Teil des Anspruchs einzuklagen(70).

c) Streitgenossenschaft

Jeder Gläubiger ist berechtigt, den abgetretenen Anspruch gesamthaft und selbständig geltend zu machen. Entscheiden sich aber mehrere Gläubiger dazu, einen Rechtsanspruch zu verfolgen, so können sie dies nur gemeinsam tun(71).

In der Regel bestimmt das materielle Recht, wann eine Streitgenossenschaft zu bilden ist. Im Falle von SchKG 260 ist ausnahmsweise das formelle Recht der Zwangsvollstrekkung die Quelle des zu bildenden notwendigen Zusammenschlusses(72).

Wie schon vorstehend unter I/A dargestellt worden ist, handelt es sich bei der Abtretung nach SchKG 260 nicht um eine zivilrechtliche Zession, sondern um ein davon gänzlich verschiedenes Prozessmandat mit privilegiertem Anrecht auf das Prozessergebnis als Ausgleich zur Risikoüberwälzung. Obwohl die Abtretungsgläubiger in eigenem Namen handeln, sind sie nicht Prozesspartei. Prozesspartei ist und bleibt die Masse für den Rechtstitular (meistens der Gemeinschuldner).

(69) Fritzsche II 174

(70) Sträuli/Messmer § 17 N 6 ; Walder, Zivilprozess, 114

(71) Favre, § 48, IV Ziff.3, S.311 ; Fritzsche II 174 ; Guldener 269 lit.d ; Leuch Art. 36 ZPB N 2, S.71 ; Walder, Probleme, 65 ff.; Abtretungsformular Ziff.5 ; BGE 94 III 64 Erw.c , 63 III 71

(72) Geiger 112

Der Kläger ist somit vertreten durch eine Anzahl klagender Abtretungsgläubiger, und jedem einzelnen von ihnen ist das gleiche Masserecht zur Geltendmachung übertragen worden. Existiert aber nur ein Kläger, so kann notwendigerweise nur eine Entscheidung über die Klage ergehen(73). Da, abgesehen vom vorliegenden Fall der Streitgenossenschaft aufgrund von SchKG 260, die mehreren Streitgenossen immer Prozesspartei sind, kommt Geiger aaO zum Schluss, dass die hier vorliegende Streitgenossenschaft eine uneigentliche sei, und er bezeichnet den vorliegenden Zusammenschluss als eine mehrfache Prozessvertretung bezüglich desselben Anspruchs. Um denselben Anspruch handelt es sich aber auch, wenn jedem von mehreren Gläubigern sein eigener Verantwortlichkeitsanspruch abgetreten wird. Alle zu Recht bestehenden Verantwortlichkeitsansprüche beinhalten die gleiche Leistung und richten sich gegen dieselbe Person(74).

3. Zession des Prozessmandates

Eine Abtretung des Prozessmandates kann nur im Zusammenhang mit der Abtretung der Konkursforderung erfolgen(75). Die Konkursforderung kann - wie jede andere Forderung - ohne weiteres zediert werden; mit ihr geht auf den Zessionar auch das Recht über, die Abtretung von Masserechtsansprüchen zu verlangen oder, sofern die Abtretung schon erfolgt ist, das Recht, den Masseanspruch gemäss Abtretungsurkunde zu verfolgen.
Nicht anders verhält es sich, wenn die Konkursforderung infolge Erbschaft auf einen Dritten übergeht. Stets folgt das

(73) Geiger 113
(74) Oben (§8/II/B/3/c, S.190 f.)
(75) Favre, SJK, VI Ziff.3 ; Bridel 99 N 4, 109 f. N 21/22

Recht zur Prozessführung dem Forderungsrecht. Ist das Prozessführungsrecht auf den ersten Gläubiger bereits übertragen worden, so ist es auch nicht mehr nötig, dass der Sukzessor eine neuerliche Abtretungsurkunde erwirken muss; das Prozessführungsrecht folgt dem Recht an der Forderung und geht ipso iure mit dieser über(76). Die Konkursforderung und das Prozessführungsrecht können nicht getrennte Wege gehen. "Das ergibt sich schon daraus, dass die Abtretung nach 260 nur zum Zwecke der prozessualen Geltendmachung erfolgt, deren Ergebnis, nach Abzug der Forderung des Konkursgläubigers und seiner Prozesskosten, der Masse zukommen muss"(77).

4. Bedingungen

Als Mandantin und Trägerin des Anspruchs ist die Masse befugt, an die Abtretung gewisse Bedingungen zu knüpfen(78). Auf dem offiziellen Abtretungsformular sind in sieben Ziffern die allgemeinen Bedingungen festgehalten, was den Konkursverwalter aber nicht hindert, weitere Bedingungen hinzuzufügen; insbesondere steht dies dem Art. 80 I KV nicht entgegen(79).

a) Verbot bzw. Genehmigungserfordernis für aussergerichtliche Geltendmachung und Vergleich

Die aussergerichtliche Geltendmachung ist in Ziff.2 des Abtretungsformulars vorgesehen. Die Konkursverwaltung kann aber im Einzelfall Grund haben, die aussergerichtliche oder vergleichsweise Erledigung des Streites zu verbieten oder diese zumal von ihrer Genehmigung abhängig zu machen. Man

(76) Flachsmann 16
(77) Fritzsche II 172
(78) Favre, SJK, VI Ziff.3
(79) Flachsmann 10

stelle sich vor, die Konkursverwaltung habe schon ihrerseits erfolglos versucht, den Streit aussergerichtlich zu erledigen. Ein diesbezügliches Verbot oder der Vorbehalt der Genehmigung gegenüber dem Abtretungsgläubiger ist geeignet, die Konkursmasse davor zu schützen, dass der Abtretungsgläubiger mit dem Drittschuldner einen Vergleich abschliesst, der von der Masse bereits abgelehnt worden ist, weil ihr die proponierte Vergleichsleistung zu gering erschien(80).
Immerhin ist die Konkursverwaltung verpflichtet, eine Genehmigung zu einem Vergleich zu erteilen, wenn für die Masse entweder zum vornherein über die Konkursforderung des Abtretungsgläubigers hinaus nichts zu erwarten war oder wenn ihre Rechte bezüglich des Ueberschusses hinlänglich gewahrt sind. Eine Genehmigung darf also nie verweigert werden, wenn der Inhalt des Vergleichs nach den Umständen des betreffenden Falles gerechtfertigt erscheint(81).

b) Widerruf der Abtretung

Nach Ziff.6 des Abtretungsformulars ist die Konkursverwaltung befugt, die Abtretung zu annullieren, wenn nicht innert der von ihr angesetzten Frist die gerichtliche Geltendmachung erfolgt.
Die Regelung besagt folgendes: Die Konkursverwaltung ist berechtigt, nicht aber auch verpflichtet, den Zeitraum zur Klageerhebung durch den Abtretungsgläubiger zu befristen,

(80) Die Ansicht Flachsmanns (S.11), wonach ein eben geschilderter Vergleichsabschluss gegen Treu und Glauben verstosse, ist u.E. nicht zu unterstützen. Tritt die Masse einen Anspruch ab, so hat sie darauf verzichtet, diesen selbst geltend zu machen. Tritt sie ihn überdies ab, ohne die Genehmigungsbedingung in die Urkunde aufzunehmen, so hat sie sich ein möglicherweise stossendes Resultat selber zuzuschreiben ; Vgl. auch Ziegler 78

(81) Flachsmann 11

und weiter zieht der Fristablauf nicht ohne weiteres die Hinfälligkeit der Abtretung nach sich, sondern er berechtigt die Konkursverwaltung lediglich, die Abtretung zu widerrufen(82). Bridel bezeichnet diese Regelung als bizarr, denn wozu sind Fristen überhaupt da, wenn nicht dazu, dass mit ihrem unbenütztem Ablauf die Verfolgung des betreffenden Rechts erlöscht(83)? Nach BGE 67 III 85 können aber die Abtretungsbedingungen nicht in dem Sinne verschärft werden, dass die Abtretung von Rechts wegen dahinfällt, wenn die Frist nicht eingehalten wird, vielmehr gilt diese - so BGE 64 III 110 - bis zum ausdrücklichen Widerruf als stillschweigend erstreckt. Der Abtretungsgläubiger ist also auch nach Ablauf der Frist weiterhin berechtigt, den Anspruch zu verfolgen, und zwar solange, bis die Abtretung widerrufen wird. Ein Widerruf nach Fristablauf ist sodann unstatthaft, wenn der Abtretungsgläubiger mittlerweile von seinem Klagerecht Gebrauch gemacht hat(84). Die fakultative Fristansetzung ist nur insofern von Nutzen, als die Konkursmasse von der Klageerhebung einen Vorteil zu erwarten hat(85) und es ihr somit unbenommen bleibt - trotz Säumigkeit des Abtretungsgläubigers -, den Anspruch selber zu verwerten (auch durch Freihandverkauf, vgl. BGE 58 III 27)(86). Die von Bridel vorgeschlagene Lösung(87), dass der Fristablauf immer den Widerruf der Abtretung bewirkt, sofern die Frist nicht ausdrücklich erstreckt wurde, verdient u.E. den Vorzug. Zum einen widerspricht diese Lösung nicht

(82) Walder, Probleme, 67 ; Favre, § 48, IV Ziff.7 lit.A ; Ziegler 79 f.

(83) Bridel 124 N 44

(84) BGE 65 III 1 ; vgl. aber Jaeger/Däniker Art. 260 N 3

(85) Favre, § 48, aaO

(86) Walder, Probleme, 67 FN 9: "Die Fristansetzung ist nur ein Mittel der Konkursverwaltung, um das Schicksal des abzutretenden Anspruchs beaufsichtigen zu können und um diesen gegebenenfalls selber zu verwerten."

den Besonderheiten der Abtretung, hat aber zum andern den Vorteil, dem Fristensystem zu entsprechen.

5. Rechtsbehelfepflicht

Die Konkursverwaltung ist verpflichtet, dem Abtretungsgläubiger bei der Geltendmachung des Anspruchs behilflich zu sein(88). So hat sie ihm insbesondere aufgrund der Konkursakten eine vollständige Instruktion zu erteilen und, nötigenfalls unter Beihilfe der Polizei, die für den Prozess notwendigen Unterlagen beim Gemeinschuldner zu erheben(89).
Die Konkursverwaltung überlässt dem Abtretungsgläubiger alle in ihrem Besitze befindlichen Rechtsbehelfe, die der Verfolgung des Anspruchs dienlich sind. Darunter fallen z.B. Geschäftsbücher und Geschäftspapiere des Gemeinschuldners(90).

6. Rechnungsstellungspflicht

Aus der Abtretung mit ihren mandatsähnlichen Zügen folgt die Pflicht des Abtretungsgläubigers zur Rechnungslegung und zur Ablieferung des Prozessergebnisses(91).

7. Ablieferungspflicht

Infolge der Tatsache, dass mit der Abtretung der Anspruch nicht auf den Abtretungsgläubiger übergeht, ergibt sich auch,

(87) Bridel 123 N 43 ; im gleichen Sinn Walder, Probleme, 68; vgl. auch Jaeger zu Art. 131 II N 9 letzter Satz

(88) Favre, SJK, VI Ziff.3 ; Favre, § 48, IV Ziff.6 lit.C

(89) Fritzsche II 172 ; Flachsmann 12

(90) Vgl. Art. 15 KV

(91) Ziff.2 des Abtretungsformulars ; Favre, SJK, VI Ziff.4

dass das Resultat der Geltendmachung der Masse als Trägerin des Anspruchs zusteht. Ebenso verhält es sich, wenn Verantwortlichkeitsansprüche Gegenstand der Abtretung sind. Auch sie sind Bestandteile der Masse und müssen konkursmässig verwertet werden. Die Abtretung der gläubigereigenen Verantwortlichkeitsansprüche erfolgt nur zum Zwecke ihrer Geltendmachung im Sinne von SchKG 260; es gelten deshalb die gleichen Bedingungen wie bei der Abtretung von Ansprüchen, die in der Person des Gemeinschuldners entstanden sind.

Die Ziffer 3 des offiziellen Abtretungsformulars bestimmt:

> "Sind die auf Geltendmachung der Rechte gerichteten Schritte ganz oder teilweise von Erfolg begleitet, so kann das Ergebnis, soweit es in barem Gelde besteht, nach Abzug der Kosten zur Deckung der oben erwähnten Forderung zurückbehalten werden; ein Ueberschuss ist an die Masse abzuliefern. Besteht das Ergebnis nicht in barem Gelde, so ist es der Konkursverwaltung behufs Vornahme der Verwertung einzuhändigen."

Bezüglich der Kosten führt Ziffer 4 weiter aus:

> "Ueber die entstandenen Kosten sind der Konkursverwaltung die Ausweise vorzulegen. Eine allfällig gesprochene Prozesskostenforderung an die Gegenpartei ist dabei entweder in Abzug zu bringen oder der Konkursverwaltung zum Einzug abzutreten."

Aus der Ausstellung der Abtretungsurkunde kann der Abtretungsgläubiger also nie einen Anspruch darauf ableiten, dass ihm das erstrittene Objekt in natura ausgehändigt wird(92). Ein eigentlicher Erwerb des Objekts ist nur durch Abschluss eines Kaufvertrages mit der Masse oder durch Ersteigern an der Gant möglich. Aus einer Abtretung nach 260 nimmt immer die Konkursverwaltung die Versilberung und Verteilung des Ergebnisses vor(93). Vollumfänglich

(92) Flachsmann 13 ; Favre, SJK, VI Ziff.6

(93) Flachsmann aaO ; Favre, SJK, VI Ziff.5

ist der Prozessgewinn an die Konkursverwaltung abzuliefern, wenn dieser entweder nicht in barem Geld besteht oder wenn mehrere Abtretungsgläubiger an der Geltendmachung teilgenommen haben(94).

8. Haftbarkeit

Ziff.7 des Abtretungsformulars bestimmt, dass die betreffenden Gläubiger haftbar sind für den der Masse aus einer schuldhaften Prozessführung entstandenen Nachteil. Diese Haftbarkeit ergibt sich aus dem besonderen Verhältnis, in welchem der Abtretungsgläubiger zur Masse steht. Da der materielle Anspruch ihm nicht überlassen wurde, kann er darüber auch nicht nach eigenem Gutdünken verfügen, sondern er ist der Masse gegenüber verpflichtet, seinen Auftrag mit aller Sorgfalt auszuführen. Für jeden Schaden, den er der Masse durch pflichtwidriges Verhalten zufügt, kann er nach OR 398 I und II zur Verantwortung gezogen werden(95). Die Unentgeltlichkeit des Auftrags erlaubt in diesem Fall auch nicht, das Mass der Haftung nach OR 99 II milder zu beurteilen, denn trotz der Unentgeltlichkeit führt der Abtretungsgläubiger den Auftrag hinsichtlich eines eigenen Vorteils aus(96).
Oft wird es aber der Masse unmöglich sein, den entstandenen Schaden ziffernmässig nachzuweisen. Der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden ist dann nach OR 42 II abzuschätzen, denn das Bundesgericht wendet OR 42 II auch dann an, wenn eine Schädigung nicht nachweisbar ist, sich aber nach den Umständen "mit einer gewissen Ueberzeugungskraft aufdrängt"(97). Die geschädigte Masse ist verpflichtet,

(94) Bridel FN 31

(95) Favre, § 48, IV Ziff.6 lit.E ; Flachsmann 16 ff.; vgl. aber Bridel 114 N 29

(96) Götzinger 507

(97) Pra 61 Nr. 71 ; BGE 81 II 55 Erw.5

alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben und erleichtern, soweit möglich und zumutbar nach OR 42 I und ZGB 8 zu behaupten und zu beweisen(98). Nach BGE 43 III Nr.32 hat die Belangung des Abtretungsgläubigers durch die Konkursverwaltung zu erfolgen, und die Beweislast richtet sich nach den allgemeinen Regeln von OR 97(99).

C. Die Wirkungen

1. Beginn der Wirkungen

Die Rechtswirkungen aus der Abtretung beginnen erst mit der Ausstellung und Aushändigung der förmlichen Erklärung seitens der Konkursverwaltung. Die Uebergabe der Abtretungsurkunde an einen oder mehrere Gläubiger bewirkt, dass die Masse den Anspruch nicht mehr geltend machen kann. Das Recht, den Anspruch zu verfolgen, steht alsdann jenen Gläubigern zu, die im Besitz der Abtretungsurkunde sind(100).

Als förmliche Erklärung ist in Art.2 Ziff.6 KV die Verwendung des offiziellen Konkursformulars Nr.7 vorgesehen. Obwohl die Benützung desselben obligatorisch ist, wird es sich um eine blosse Ordnungsvorschrift handeln, und die Gültigkeit der Abtretung ist nicht von der Verwendung des Formulars abhängig(101).
Die Abtretungsurkunde selbst hat aber konstitutiven Charakter. Weder der Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit noch die Stellung des Abtretungsbegehrens können für sich

(98) Pra 61 Nr.71, S.211: "Eine weitergehende Substanzierung darf aber das kantonale Prozessrecht vom Geschädigten nicht verlangen, da sonst der Zweck von OR 42 II vereitelt würde."; BGE 77 II 188, 97 II 218

(99) OR 398 I verweist auf OR 321 lit.a ; Vgl. Guhl 391

(100) Favre, § 48, IV Ziff.6 lit.A

(101) Flachsmann 91 ; Fritzsche II 172

allein die Abtretung bewirken; diese sind lediglich unabdingbare Voraussetzungen, damit eine förmliche Abtretung vorgenommen werden kann. Erfolgt die Abtretung anlässlich der 2. Gläubigerversammlung, so entfaltet sie ihre Wirkungen mit der Ausstellung und Aushändigung der Abtretungsurkunde. Müssen die Urkunden aber mit der Post übermittelt werden, so ist vermutlich auch die sog. modifizierte Aeusserungstheorie ausschlaggebend, und die Wirkungen beginnen im Zeitpunkt, da die Urkunden zur Versendung aufgegeben werden(102).

2. Die Wirkungen im einzelnen

Die Wirkungen der erfolgten Abtretung sind insbesondere:

- Das Recht, den Masseanspruch geltend zu machen und damit die Legitimation zur Prozessführung
- Die Pflicht, den Masseanspruch geltend zu machen, und zwar auf eigene Rechnung und Gefahr
- Das gesetzliche Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Prozessgewinn

a) Das Recht, den Masseanspruch geltend zu machen

Jeder Abtretungsgläubiger ist berechtigt, den ganzen Anspruch geltend zu machen. Abgesehen von Vindikationsstreitigkeiten gemäss SchKG 242 tritt der Abtretungsgläubiger klagend auf(103).

Zur Parteistellung vgl. die Ausführungen in IV/B/2

(102) Guhl 117 ; im gleichen Sinn schon Flachsmann 93

(103) Flachsmann 94 ff.; Zur Abtretung des Prozessführungsrechts bei Passivprozessen vgl. BlSchK 1958, 58 f.; BGE 71 III Nr.22

b) Die Pflicht, den Masseanspruch geltend zu machen

Der Abtretungsgläubiger kann immer davon absehen, den abgetretenen Anspruch geltend zu machen, wenn der Masse daraus kein Schaden erwächst. So kommt es bei einer Abtretung an mehrere Gläubiger grundsätzlich nicht darauf an, ob ein einzelner von ihnen nicht klagend auftritt(104).

In der Regel wird dem Abtretungsgläubiger in der Abtretungsurkunde eine Frist angesetzt, innert welcher er den Anspruch geltend zu machen hat(105). Nach unbenütztem Ablauf der Frist ist die Konkursverwaltung befugt, die Abtretung zu annullieren(106). Daraus kann geschlossen werden, dass bis zum Ablauf der Frist der Abtretungsgläubiger noch nicht verpflichtet ist, den Anspruch zu verfolgen(107). Bei Widerruf durch die Konkursverwaltung fällt das Verwertungsrecht dann wieder an die Konkursmasse, und diese kann bei Vorliegen der Voraussetzungen von KV 79 II den Anspruch versteigern.
Anfechtungsansprüche können laut KV 79 I weder versteigert noch sonstwie veräussert werden. Ebenso ist u.E. mit den gläubigereigenen Verantwortlichkeitsansprüchen zu verfahren(108). Sowohl die Anfechtungsansprüche als auch die Verantwortlichkeitsansprüche sind als Gläubigerrechte kon-

(104) Flachsmann 99 ; Interessant wäre die Klärung der Frage, wie es sich verhält, wenn durch pflichtwidriges Vorgehen des einzigen kämpfenden Abtretungsgläubigers der Masse ein Schaden entsteht. Sind dann die übrigen Abtretungsgläubiger, die sich an der Geltendmachung nicht beteiligt haben, solidarisch mithaftbar, obwohl sie am Erlös mangels Beteiligung an der Rechtsverfolgung nicht partizipieren würden?

(105) Abtretungsformular Ziff.6

(106) Zu unterstützen sind die Vorschläge Walders, Probleme, 68, welcher sich für eine zwingende Fristansetzung und zwingende Verwirkung des Rechts bei unbenütztem Fristablauf einsetzt.

(107) Nach Flachsmann, 97, bekommt diese Frist damit den Charakter einer Ueberlegungsfrist.

zipiert, und ihr Zweck ist es, das Konkurssubstrat um die anfechtbaren bzw. zu verantwortenden Vermögensverminderungen zu ergänzen. Will aber weder die Gesamtheit der Gläubiger noch einzelne Gläubiger nach SchKG 260 diese Ansprüche geltend machen, so fehlt ihr Interesse an der Ergänzung des Konkurssubstrats, und eine anderweitige Verwertung erübrigt sich.

Wird ein nach SchKG 207 sistierter Prozess wieder aufgenommen, so müsste der mit der Abtretungsurkunde bereits versehene Gläubiger solange zurücktreten dürfen, als das Gericht den notwendigen Bericht über die Wiederaufnahme des Prozesses von der Konkursverwaltung noch nicht erhalten hat(109). Sieht der Abtretungsgläubiger jedoch nach Anhängigmachen oder Wiederaufnahme eines Prozesses von der weiteren Verfolgung ab, so wird dadurch res iudicata geschaffen, und der Anspruch ist für die Konkursmasse verloren. Dadurch kann der Masse natürlich ein Schaden erwachsen. Es ist daher nicht nur zulässig, sondern zu empfehlen, wenn die Konkursverwaltung einen Verzicht auf Weiterführung des Prozesses von ihrer Genehmigung abhängig macht.
Verweigert die Konkursverwaltung berechtigterweise diese Genehmigung, so wird es - entgegen der Ansicht Flachsmanns (110) - wohl nicht angehen, dass die Konkursverwaltung den Abtretungsgläubiger in der Weise von seiner Pflicht zur Geltendmachung entbindet, indem sie einen andern Konkursgläubiger den Prozess übernehmen lässt. Die Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren ist schliesslich verstrichen, und nichts deutet darauf hin, dass ein weiteres Mal das Verfahren nach SchKG 260 platzgreifen könnte(111).

(108) Oben (§7/III/B/2/b/bb , S.161 ff.)

(109) Jaeger Art. 207 N 9 ; Flachsmann 97

(110) Flachsmann aaO

(111) Bridel 124 f. N 45: "...l'opinion des créanciers non cessionnaires est connue: ils ont renoncé une fois pour toutes à la prétention litigieuse,..." ; aber Walder, Probleme, 69

Wird die Genehmigung seitens der Konkursverwaltung für einen Prozessabstand zur Bedingung gemacht und ist eine solche Bedingung rechtmässig, so kann die Genehmigung auch verweigert werden, was den Abtretungsgläubiger verpflichtet, den Masseanspruch zu verfolgen oder aber die Konkursforderung inkl. Prozessführungsrecht einem prozessführungswilligen Dritten zivilrechtlich zu zedieren. Nimmt der Abtretungsgläubiger trotz mangelnder Genehmigung Abstand vom Prozess, so wird er der Masse gegenüber schadenersatzpflichtig(112).
Ist die Konkursverwaltung aber selber der Ansicht, eine Weiterführung des Prozesses sei sinnlos, so hat sie die Genehmigung zum Prozessabstand zu erteilen(113).

c) Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung

Der Prozess dient in allererster Linie zur Deckung der notwendigen Kosten. In zweiter Linie werden die Konkursforderungen derjenigen Gläubiger gedeckt, welche sich für die Eintreibung des abgetretenen Anspruchs eingesetzt haben(114).
Bei einem erfolgreich oder teilweise erfolgreich geführten Passivprozess besteht das Ergebnis darin, dass eine Forderung bis zur Höhe des gutgeheissenen Betrags aus dem Kollokationsplan gestrichen wird und die zur Verteilung gelangende Masse um den entsprechenden Betrag verbessert.

(112) Oben (IV/B/8, S.224) ; Zur Haftbarkeit gegenüber den Mit-Gläubigern vgl. Walder, Probleme, 69

(113) Flachsmann 97

(114) Entgegen dem gesetzlichen Wortlaut des Art. 260 II, werden nur jene Abtretungsgläubiger in der Separatverteilung berücksichtigt, die den Anspruch auch wirklich geltend gemacht haben. Die blosse Abtretung berechtigt allein nicht zum Privileg der Vorabbefriedigung aus dem Prozesserlös , vgl. Walder, Probleme, 68 ; Favre, SJK, VIII Ziff.2 ; BGE 41 III 337 ; Die gemeinsame Risikotragung hingegen genügt, vgl. Walder, Probleme, 66

Diese Differenz ist der Prozessgewinn, welcher laut SchKG 260 II - vermehrt um die Prozesskosten und eine allfällige Prozessentschädigung - dem erfolgreichen Abtretungsgläubiger zukommt(115). Der verbleibende Betrag fällt in die Masse und kommt den übrigen Konkursgläubigern zugute.

V DIE VERTEILUNG

A. Gesetzliche Regelung

Der Art. 260 SchKG gibt selber keine Auskunft über den Modus der Verteilung; hingegen findet sich in Art. 86 KV der Hinweis, dass für den Fall der erfolgreichen Prozessführung nach SchKG 260 die allgemeine Verteilungsliste auch die Verteilung der Ergebnisse unter die Abtretungsgläubiger festzulegen habe. Daraus folgt, dass die Grundsätze über die Verteilung im 7. Titel des SchKG und der KV gleichermassen für die Separatverteilung nach SchKG 260 Anwendung finden.
Die Konkursmasse bleibt Trägerin des Anspruchs und ihr steht es zu, die Verteilung vorzunehmen. Besteht das Prozessergebnis in barem Geld, so darf dieses nach Ziff.3 des Abtretungsformulars zurückbehalten werden und der Konkursverwaltung ist nur eine Abrechnung abzuliefern. Ist der Prozessgewinn dagegen ein Gegenstand, so ist dieser zwecks Versilberung der Konkursverwaltung auszuhändigen (116). Auf jeden Fall ist der Abtretungsgläubiger verpflichtet, über das Resultat der Geltendmachung, gleichviel, ob diese gerichtlich oder aussergerichtlich erfolgte, der Konkursverwaltung ungesäumt, unter Vorlage der Belege, Bericht zu erstatten(117).

(115) BGE 45 III 37 ff. insbes. 43

(116) Ziff.3 letzter Satz des Abtretungsformulars

(117) Ziff.2 und bezüglich der Kosten Ziff.4 des Abtretungsformulars

B. Verteilung der Kosten

1. Allgemeines

Eine Abtretung von Masseansprüchen erfolgt unter der Uebernahme des Kostenrisikos. D.h. aber nicht, dass der Abtretungsgläubiger die Kosten in jedem Fall selber zu tragen habe, sondern nur dann, wenn die Rechtsverfolgung ohne jeden Erfolg verlaufen ist(118). Von der Höhe der Kosten hängt demnach im Erfolgsfalle weitgehend ab, wieviel der Masse zugute kommt. Deswegen hat auch die Gesamtheit der Gläubiger ein berechtigtes Interesse, dass die zu ersetzenden Kosten richtig festgestellt werden. Es ist Aufgabe der Konkursverwaltung nach Erhalt des Berichts der Abtretungsgläubiger über das Resultat der Geltendmachung und der Kosten, den Kollokationsplan durch Aufnahme der Kosten zu ergänzen und der Gesamtheit der Gläubiger Gelegenheit zu geben, diese Kosten anzufechten(119).

2. Kostenbegriff

Zu ersetzen sind grundsätzlich alle Kosten, die unmittelbar zur Herbeiführung des Erfolges nötig waren(120). Anderseits sind jene Kosten, die durch das Verschulden eines Abtretungsgläubigers verursacht worden sind, von diesem selber zu tragen(121). Gerichts- und Anwaltskosten dürfen vom Prozessgewinn abgezogen werden, sofern sie nicht vom Prozessgegener zu tragen sind. Zu entschädigen

(118) SchKG 260 II

(119) Flachsmann 102

(120) Flachsmann aaO

(121) Darunter fallen etwa Kosten, die der Abtretungsgläubiger durch ungeschicktes Vorgehen, wie unhaltbare Prozesseinreden verursacht.

ist auch die vom Abtretungsgläubiger investierte Zeit zum Zwecke der Geltendmachung. Sie berechnet sich nach den individuellen Erwerbsverhältnisses.

3. Anfechtung der Kosten

Eine Klage, die die Anfechtung von solchen Kosten zum Inhalt hat, ist nach Massgabe des Art. 250 I SchKG innerhalb der Frist der Neuauflage des Kollokationsplanes möglich(122). Werden die von der Konkursverwaltung zugelassenen Kosten infolge der Klage eines Gläubigers herabgesetzt, so erhält der erfolgreiche Kollokationskläger in Anwendung des Art. 250 III SchKG den Prozessgewinn bis zur Höhe seiner Konkursforderung einschliesslich der neuentstandenen Kosten. Bestreitet die Konkursverwaltung selbst im Namen der Masse eine solche Kostenforderung, so hat der Abtretungsgläubiger gemäss SchKG 250 II innerhalb der Frist auf Anerkennung der Forderung gegen die Masse zu klagen.

4. Nachtrag zum Kollokationsplan

Die Kosten müssen immer dann in einem Nachtrag zum Kollokationsplan neu aufgelegt werden, wenn für die Masse ein Ueberschuss resultiert und dieser durch Anfechtung der Kosten gegenenfalls vergrössert werden kann. Eine Neuauflage ist auch dann erforderlich, wenn unter mehreren Streitgenossen Kostenforderungen angefochten werden wollen. E contrario ist der Kollokationplan in bezug auf die Kosten nie neu aufzulegen, wenn ein Ueberschuss zugunsten der Masse nicht erzielt worden ist, bzw. auch nicht unter

(122) Flachsmann 103 ; BGE 39 I Nr.97

Anfechtung der Prozesskosten zu erwarten wäre und sich ferner die mehreren Streitgenossen über die Kostenvergütung einig sind(123).

C. Verteilung des Gewinnes

1. Natur des Gewinnes

Der Gewinn bildet ein Separataktivum, das vorerst nur der Befriedigung der Abtretungsgläubiger dient. Es besteht aus dem Betrag, welcher der Drittansprecher zu zahlen hat, oder aus dem Erlös der Versilberung des erkämpften Gegenstandes abzüglich der in erster Linie zu deckenden Kosten (124).

2. Verteilungsverfahren

a) Verteilungsliste

Eine Verteilungsliste ist grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn entweder mehrere Abtretungsgläubiger gemeinsam den Rechtsanspruch verfolgt haben und daher jeder von ihnen am Gewinn partizipiert oder wenn ein einziger Abtretungsgläubiger mehr erstritten hat, als zur Deckung seiner

(123) Art. 83 II und 95 KV ; Mangels eines Ueberschusses zugunsten der Masse ist freilich auch dann kein Nachtrag zum Kollokationsplan zu erstellen und aufzulegen, wenn die Abtretungsgläubiger im Prozess über den abgetretenen Anspruch unterlegen sind. Die Kosten, die den Abtretungsgläubigern als unterliegender Partei auferlegt werden, tragen sie solidarisch und in der Regel zu gleichen Teilen. Die Verurteilung zur Kostentragung hat keine Wirkung auf das Verhältnis zur Konkursmasse. In ihr manifestiert sich gerade das dem Abtretungstatbestand inhärente Prozessrisiko ; vgl. Flachsmann 104

(124) Vorbehalten bleiben allfällige Ansprüche von Pfandrechtsgläubigern am erstrittenen Abtretungsgegenstand, sowie eventuell vorliegende Ersatzansprüche der Konkursmasse für herausgegebene Vermögenswerte; Flachsmann 106

Konkursforderung (inkl. Kosten) notwendig ist(125). Die blosse Rechnungsablegung genügt, wenn ein einzelner Abtretungsgläubiger keinen Ueberschuss für die Masse erzielt hat.

b) Partizipationsrecht

Jeder Abtretungsgläubiger, der zur Herbeiführung des Ergebnisses beigetragen hat, ist berechtigt an der Gewinnverteilung zu partizipieren. Der blosse Besitz einer auf den Namen ausgestellten Abtretungsurkunde genügt - entgegen dem Wortlaut von Absatz II Art. 260 - nicht, um an der Separatverteilung teilzunehmen(126). Nicht nötig ist hingegen, dass jeder einzelne sich aktiv betätigt hat. An der Herbeiführung des Ergebnisses trägt auch jener bei, der sich der Risikotragung unterwirft(127).

c) Verteilungsmodus

Unabhängig von dem Separatgewinn aus dem verfolgten Abtretungsanspruch erfolgt zuerst die Ausschüttung der Dividende aus der gemeinsamen Masse.
Erst nach beendeter Hauptverteilung findet die Separatverteilung statt. Hierbei werden alle Abtretungsgläubiger entsprechend ihrem Rang berücksichtigt, die in der Hauptverteilung einen Ausfall erlitten haben. Dieser Verteilungsmodus ist für den Abtretungsgläubiger von grosser Bedeutung. Bliebe er nämlich nicht mit seiner ganzen Konkursforderung kolloziert und müsste sich den von ihm erstrittenen Gewinn auf seine Konkursforderung anrechnen lassen, so

(125) Bridel FN 31 ; Angefertigt wird die Verteilungsliste vom Konkursamt nach eingetretener Rechtskraft des Nachtrags zum Kollokationsplan

(126) Vgl. oben FN 114

(127) Flachsmann 106 ; Walder, Probleme, 66

wäre es ihm nur dann möglich, für seine ganze Konkursforderung befriedigt zu werden, wenn das Ergebnis der Masserechtsverfolgung wenigstens den Betrag seiner Konkursforderung erreichen würde. Der Separatgewinn ist aber nicht dazu da, die Hauptmasse zu entlasten. Nach der Meinung des Gesetzes soll dem Abtretungsgläubiger dazu verholfen werden, aus dem Gewinn des verfolgten Masseanspruchs einen allfälligen Ausfall nach Massgabe der allgemeinen Verteilungsliste decken zu können. Somit ist dem Abtretungsgläubiger im günstigsten Fall eine volle Deckung seiner Konkursforderung gewiss, wenn der Prozessgewinn aus dem Abtretungsanspruch nur die Höhe seines Ausfalls erreicht(128).
Verbleibt alsdann ein Ueberschuss, so fällt dieser in die allgemeine Masse und bewirkt eine nachträgliche Aenderung der Hauptliquidation.

3. Art und Umfang der Separatliquidation

a) Art

Ohne Rücksicht auf die gemeinsame und grundsätzlich gleichmässige Risikotragung der mehreren Abtretungsgläubigern ist für die Art und Weise der Teilnahme an der Separatliquidation die allgemeine Verteilungsliste ausschlaggebend. Die Rangordnung der in SchKG 219 aufgestellten Klassen wird auch in der Separatverteilung berücksichtigt.
Privilegierte Gläubiger werden, soweit ihr Privileg reicht, zuerst voll befriedigt, bevor der verbleibende Rest in der nachgehenden Klasse prozentual unter den ranggleichen Abtretungsgläubigern zur Verteilung gelangt(129).

(128) Flachsmann 106 f. ; Blumenstein 806 f.
(129) Götzinger 506

b) Umfang

Die Teilnahme an der Separatliquidation findet in dem Umfang statt, in welchem der Abtretungsgläubiger einen Ausfall für seine Konkursforderung aus der Hauptverteilung zu verzeichnen hat(130). Die angegebene Höhe der Konkursforderung auf dem offiziellen Abtretungsformular, mit welcher ein Abtretungsgläubiger an der Verteilung partizipiert, gilt als reine Ordnungsvorschrift. Die Teilnahme am Prozessgewinn findet ausschliesslich im Umfang der noch effektiv ungedeckten Konkursforderung statt, unabhängig davon, ob die genannte Angabe mit der Wirklichkeit übereinstimmt(131).

Ein Pfandrecht, das am erstrittenen Gewinn haftet, geht auf alle Fälle dem Sonderrecht nach SchKG 260 II vor, da es als dingliches Recht auch gegenüber den Abtretungsgläubigern geltend gemacht werden kann. Der erstrittene Gewinn gelangt dann in dem Umfang zur Verteilung an die Abtretungsgläubiger, in welchem er die pfandversicherte Forderung übersteigt(132).

Beschwerden über eine ungerechte Verteilung des Erlöses sind an die Aufsichtsbehörde zu richten. Aktivlegitimiert sind nur die an der Separatverteilung partizipierenden Gläubiger; die Konkursgläubiger also nur dann, wenn ein Ueberschuss aus der Separatverteilung in die allgemeine Masse fällt und an sie zur Verteilung gelangen kann(133).

(130) Blumenstein 806 ; Götzinger 506: "Das Ergebnis gehört nicht schlechthin dem obsiegenden Gläubiger, sondern er hat nur Anspruch auf Deckung seiner Kosten und seiner Forderung."

(131) Flachsmann 10-

(132) Flachsmann 109 ; BGE 42 III Nr.84

(133) Flachsmann 111 f.

LEBENSLAUF

Geboren wurde ich am 25. August 1952 in Winterthur, wo ich die Primarschule, die Sekundarschule und das Lehramt besuchte. Im Wintersemester 1971/72 immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich. Im Sommer 1974 absolvierte ich die obligatorische Ergänzungsprüfung in Latein, schloss im Mai 1976 mit dem Lizentiat ab und wurde am 22. November 1978 zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

Lokay-Druck, 6107 Reinheim 1, Telefon 06162/1832